

DER SCHIEDSGUTACHTER

DISSERTATION

**der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich**

**zur Erlangung der Würde eines Doktors
beider Rechte**

vorgelegt von

ARTHUR BACHMANN

von Winterthur und Aristau AG

Genehmigt auf Antrag von Herrn Privat-Dozent Dr. M. Guldener

JURIS-VERLAG ZÜRICH

1949



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DER SCHIEDSGUTACHTER

DISSERTATION

**der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich**

**zur Erlangung der Würde eines Doktors
beider Rechte**

vorgelegt von

ARTHUR BACHMANN

von Winterthur und Aristau AG

Genehmigt auf Antrag von Herrn Privat-Dozent Dr. M. Guldener

JURIS-VERLAG ZÜRICH

1949

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 30. Oktober 1948.

Der Dekan:
Prof. Dr. K. Käfer



Meiner lieben Mutter

GEWIDMET



Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung	13
§ 1 Bedeutung und Verbreitung des Schiedsgutachterinstitutes	
I. Die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung allgemein. .	13
II. Die Ausdehnung des Schiedsgutachterwesens im deutschen Recht	15
III. Die Bedeutung im schweizerischen Versicherungsrecht . .	17
§ 2 Die gesetzlichen Grundlagen und die allgemeinen Versicherungsbedingungen	
I. Im deutschen Recht	19
II. Im schweizerischen Recht	22
III. Die allgemeinen Versicherungsbedingungen	22

Allgemeiner Teil

I. Abschnitt: Aufgabe und Begriff des Schiedsgutachters

§ 3 Die Aufgabe des Schiedsgutachters	
I. Die Bestimmung der Leistung nach § 317 BGB	28
II. Die Aufgabe des Schiedsgutachters speziell im Versicherungsrecht	31
III. Der Begriff des Schiedsgutachters aus seiner Tätigkeit . .	35
§ 4 Abgrenzung des Schiedsgutachters von ähnlichen Institutionen	
I. Der Dritte nach BGB 317 ff.	36
II. Der gerichtliche Sachverständige	36
III. Der Schiedsmann	37
IV. Der Schiedsrichter	39
V. Unerheblichkeit der verwendeten Ausdrücke	42

II. Abschnitt: Die Rechtsnatur des Schiedsgutachtervertrages

§ 5 Die materiellrechtlichen Theorien	
I. Die Schiedsgutachterklausel als Vergleich	44
II. Die Schiedsgutachterklausel als Schuldanerkenntnis . . .	46
III. Das Schiedsgutachten als Anspruchsbedingung	47
IV. Die Schiedsgutachterklausel als materiellrechtl. Vertrag. .	50
§ 6 Prozeßrechtliche Verträge	
I. Allgemeines	51
II. Beweisverträge insbesondere	53

§ 7 Die Schiedsgutachterklausel als Beweisvertrag

I. Einschränkung der freien richterlichen Beweiswürdigung	57
II. Die Schiedsgutachterklausel als Beweismittelvertrag	59

Spezieller Teil**I. Abschnitt: Der Schiedsgutachtervertrag und die Schiedsgutachter****§ 8 Der Schiedsgutachtervertrag insbesondere**

I. Voraussetzungen und Entstehung des Vertrages	65
II. Form und Inhalt des Vertrages	67
III. Die Wirkungen des Vertrages	69
IV. Beendigung und Nichtigkeit des Vertrages	71

§ 9 Die Ernennung und Ablehnung der Schiedsgutachter

I. Die Eignung zum Schiedsgutachter	72
II. Die Ernennung von Schiedsgutachter und Obmann	75
III. Die Ablehnung eines Schiedsgutachters	79

§ 10 Das Rechtsverhältnis zwischen Schiedsgutachter und Parteien

I. Das Vertragsverhältnis	81
II. Die Rechte und Pflichten des Schiedsgutachters	85
III. Die Entschädigung des Schiedsgutachters	85

II. Abschnitt:**Das Schiedsgutachterverfahren und sein Ergebnis, das Schiedsgutachten****§ 11 Das Schiedsgutachterverfahren**

I. Die Regelung des Verfahrens	88
II. Das Vorgehen der Schiedsgutachter und ihre Hilfsmittel	91
III. Die Funktion des Obmannes, und die Erstattung des Gutachtens	94

§ 12 Das Schiedsgutachten

I. Allgemeines	96
II. Die Rechtsnatur des Schiedsgutachtens und seine Wirkungen	98
III. Die Nichterstattung des Gutachtens	101

§ 13 Die Anfechtung des Schiedsgutachtens

I. Prinzipielle Fragen	105
II. Die Anfechtungsgründe	105
III. Form und Wirkungen der Anfechtung	109

Abkürzungen

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGG	Deutsches Arbeitsgerichtsgesetz
BGB	Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BIZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
BV	Schweizerische Bundesverfassung
DJZ	Deutsche Juristenzeitschrift
JdT	Journal des Tribunaux
JW	Juristische Wochenschrift
Leipz. Z.	Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen
Rhein. Z.	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht
SVA	Entscheidungen schweizerischer Gerichte in Versicherungsstreitigkeiten, Sammlung des Eidgenössischen Versicherungsamtes
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZVW	Zeitschrift für Versicherungs-Wissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß



Literaturverzeichnis

- Arens:** Arbitri (Schiedsrichter) und Arbitratoren (Schiedsmänner) nach heutigem Reichsrecht, Diss. Gießen 1911.
- Berthold:** Die Schiedsmänner, Diss. Tübingen 1939.
- Bongartz:** Die §§ 317 bis 319 BGB in ihrer Bedeutung für den Schiedsgutachtervertrag, Diss. Erlangen 1935.
- Bruck:** Das Privatversicherungsrecht, Mannheim-Berlin-Leipzig 1930, S. 443 ff.
- Buchdahl:** Die Rechtsnatur der Schiedsgutachterklausel und des Schiedsgutachtens, Diss. Erlangen 1931.
- Bülow:** Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, in „Archiv f. d. civilistische Praxis“. Bd. 64, S. 1 ff.
- Bunsen:** Prozeßrechtsgeschäfte, in „Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß“ Bd. 35, S. 401 ff.
- Clasen:** Die Schiedsgutachterklausel in Versicherungsverträgen, in „Juristische Rundschau für Privat-Versicherung“ Bd. 4 S. 326 ff., 337 ff. und 353 ff.
- Die Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens und die Möglichkeit der Leistungsklage, in JRPV Bd. 5, S. 49 ff.
- D.:** In JRPV Bd. 6, S. 361 ff.
- Eckert:** Der Schiedsgutachter (§§ 317 ff. BGB), insbesondere sein Verhältnis zum Schiedsrichter, Diss. Göttingen 1928.
- Ehrenzweig:** Versicherungsvertragsrecht I, Wien-Leipzig 1935, S. 352 ff.
- Die Rechtsordnung der Vertragsversicherung, Wien 1935, S. 54 ff.
- Fuld:** Schiedsgutachten und ihre Anfechtung, in „Assek. Jahrb.“ Bd. 33, S. 21 ff.
- Gottschalk:** Das Schadensfeststellungsverfahren im privaten Versicherungsrecht, in „Juristische Wochenschrift“ 1929, S. 2039 ff.
- Guldener:** Ueber dispositives Recht im zürcherischen Zivilprozeß und eidgenössisches Betreibungsrecht, in „Zeitschrift für Schweizerisches Recht“, Neue Folge Bd. 65, S. 240 ff.
- Hagen:** Prozeßfragen aus dem Gebiet des Versicherungsrechts, in „Zeitschrift für Versicherungswissenschaft“ 1905, S. 211.
- Josef:** Streitfragen zum deutschen VVG, in „Assek. Jahrb.“ Bd. 39/40 I S. 64 ff. und Bd. 41, S. 80 ff.
- Ablehnung der Schiedsgutachter bei der Unfallversicherung, in „Zeitschrift für Versicherungswissenschaft“ 1911, S. 801 ff.
- Kahn:** Der Schiedsgutachter und die rechtliche Bedeutung seiner Entscheidung, Diss. Köln 1934.
- Kisch:** Die rechtliche Bedeutung des Schiedsgutachtens in Versicherungssachen, in „Rhein. Zeitschrift“ 1917/18, S. 12 ff.

- Knecht: Die Beweisverträge im Zivilprozeß, Diss. Freiburg i. Br. 1937.
- Kohler: Ueber prozeßrechtliche Verträge und Kreationen, in „Beiträge zum Deutschen Recht“ Bd. 31 (1887) S. 276 ff. und 481 ff.
- Kunelsky: Der Sachverständige im zürcherischen Zivilprozeß, Diss. Zürich 1936.
- Lenz: Der Schiedsgutachtervertrag im Arbeitsgerichtsgesetz, in „Juristische Wochenschrift“ 1927, S. 839 ff.
- Loos: Schiedsvertrag, Gütervertrag und Schiedsgutachtervertrag im Arbeitsgerichtsgesetz, Diss. Köln 1931.
- Marck von: Die Obmannstaxe in der Hagelversicherung als Schiedsspruch, in „Zeitschr. f. Versicherungswissenschaft“ 1909, S. 239.
- Marcus: Schiedsspruch und Arbitratorenklausel, in „Das Recht“ 1912 S. 92 ff.
- Mayerhofer: Oesterreichisches Versicherungs-Vademekum. Wien 1930, S. 175 ff.
- Meckenstock: Der Schiedsgutachtervertrag und seine Anwendung im Arbeitsrecht, Diss. Köln 1932.
- Oppler: Schiedsvertrag — Schiedsmannvertrag, in „Das Recht“ 1906, S. 433 ff.
- Oertmann: Schiedsrichter und staatliches Recht, in „Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß“ Bd. 47, S. 105 ff.
- Prölss: Versicherungsvertragsgesetz. Beck'sche Kurzkommentare Bd. 14, 4. Aufl. 1943, S. 163 ff.
- Raiser: Kommentar der allgemeinen Feuerversicherungs-Bedingungen, Berlin 1930, S. 337 ff.
- Rau: Die Schiedsgerichtsklausel in Versicherungsverträgen, in „Zeitschr. f. Versicherungswissenschaft“ 1905, S. 275 ff.
- Ritter: Das Recht der Seeversicherung II, Hamburg 1924, S. 899 ff.
- Roelli-Jaeger: Kommentar zum Schweizerischen VVG, Bd. II, 1932, S. 468 ff.
- Sachse: Beweisverträge, in „Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß“ Bd. 54, S. 409 ff.
- Salinger: Zur prozessualen Geltendmachung von Versicherungsansprüchen bei Unfall, in „Das Recht“ 1908, S. 143 ff.
- Sammlung von Versicherungsbedingungen deutscher Versicherungsanstalten, Berlin 1908/13.
- Schirmer: Arbitrium merum — arbitrium boni viri, in „Archiv f. d. civilistische Praxis“ Bd. 91, S. 136 ff.
- Schneider: Das Schiedsgutachterverfahren nach § 64 VVG, in „Leipz. Zeitschrift“ 1909, S. 903 ff.
- Sontag: Die Schiedsgutachter im Mietrecht, in „Deutsche Juristenzeitung“ 1930, S. 965.
- Staudinger: Kommentar zum Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch.
- Sträuli-Hauser: Zürcherische Rechtspflegegesetze Bd. II, 2. Aufl. 1937.
- Suter: Bedingungen der Einbruchsdiebstahlversicherung. Bern 1944, S. 126 ff.

- Tasche: Das Verfahren bei der Abschätzung von Brandschäden, insbesondere das Sachverständigenverfahren, in „Leipz. Zeitschrift“ 1911. S. 260 ff.
- Thilo: L'arbitre-expert („arbitrator“), in „Journal des Tribunaux“ 1945, S. 226 ff.
- Wach: Das Geständnis, in „Archiv f. d. civilist. Praxis“ Bd. 64, S. 218 ff.
- Wagner: Der Schiedsgutachter, Diss. Freiburg i. Br. 1909.
- Weiler: Das Schiedsgutachten im Arbeitsrecht, Diss. Köln 1934.
- Weismann: Das Schiedsgutachten, in „Archiv f. d. civilistische Praxis“ Bd. 72, S. 269 ff. und Bd. 74, S. 422 ff.



Einleitung

§ 1. Bedeutung und Verbreitung des Schiedsgutachterinstitutes

I. Die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung allgemein

Die ungeheuren Fortschritte, die auf allen Gebieten der Wissenschaft, ganz besonders in der Technik, in den letzten Jahrzehnten gemacht wurden, haben das wirtschaftliche und rechtliche Zusammenleben der Menschen derart kompliziert, daß der Einzelne sich darin kaum mehr zurechtfindet. Wirtschaftliche und technische Umwälzungen haben aber immer auch Veränderungen der Rechtssphäre zur Folge. Mit der zunehmenden Kompliziertheit der wirtschaftlichen Belange werden auch die rechtlichen verwickelter und oft unübersichtlicher. Die Rechtsnormen häufen sich, für neue wirtschaftliche und technische Errungenschaften muß eine neuartige rechtliche Regelung gefunden werden. Das Netz von Vorschriften und Beschränkungen der freien Lebensäußerung wird dichter, was auch nötig ist, wenn man ein gesellschaftliches Chaos verhindern will.

Es ist klar, daß bei einem solchen Anwachsen der rechtlichen Vorschriften zu mindest der nicht juristisch Ausgebildete Mühe hat, den Ueberblick nicht zu verlieren. Es wird für den Einzelnen immer schwieriger, in jeder Lebens- und Rechtslage zu wissen, was er zu tun oder zu unterlassen hat. Damit ist auch anzunehmen, daß die Rechtsstreitigkeiten in Zukunft eher noch zunehmen werden. Durch die notwendige Komplizierung des Rechtslebens werden Mißverständnisse und gegensätzliche Ansichten vermehrt und wird zu Uneinigkeiten über rechtliche Fragen der verschiedensten Art erhöht Anlaß gegeben, was wiederum ein vermehrtes Anrufen des Rechtsschutzes nach sich zieht.

Wohl alle Kulturstaaten stehen heute auf dem Boden der staatlichen Gerichtsbarkeit. Das Prinzip der rechtlichen Selbsthilfe, wonach jeder Einzelne sich gegen Eingriffe in seine Persönlichkeits- und Eigentumsrechte selber zu wehren und private Sanktionen zu ergreifen hatte, ist überwunden. Nur in wenigen Fällen ist es dem Individuum noch gestattet, Angriffe auf seine privaten Rechte direkt abzuwehren und auch dann nur aus einer bestimmten Notlage heraus und mit sehr beschränkten Mitteln¹.

¹ Z. B. Besitzerschutz, ZGB 926; Notwehr und Notstand, StGB 33, 34.

Grundsätzlich aber ist es Sache des Staates, den endgültigen Rechtsschutz zu gewähren; man kann von einem Staatsmonopol sprechen², das von den staatlichen Gerichten ausgeübt wird.

Diesem Grundsatz steht eine Tendenz in gewissem Sinne entgegen, nach der private Rechtsstreitigkeiten der Beurteilung durch den staatlichen Richter entzogen werden sollen, nicht in dem Sinne, daß man die ordentlichen Gerichte überhaupt ausschalten will, sondern nur so, daß bestimmte Streitfragen Privatpersonen zur Entscheidung unterbreitet werden. Dieses Bestreben, entweder durch einen gütlichen, außergerichtlichen Vergleich zu einer Einigung zu kommen oder dann die Streitfragen einer oder mehreren sachkundigen Vertrauenspersonen vorzulegen, ist berechtigt und gesund, solange es nicht zur allgemeinen Regel wird. Daß diese Möglichkeit, ordentliche Prozesse zu vermeiden, große praktische Bedeutung hat, zeigen die in jüngerer Zeit häufig anzutreffenden, ständigen oder durch Vertrag ad hoc geschaffenen Schiedsgerichte³ und die bei uns weniger populären Schiedsgutachter. Die Berechtigung dieser Institute — abgesehen von dem Umstande, daß das Schiedsgericht in vielen Gesetzgebungen unter bestimmten Voraussetzungen als erlaubter Ersatz für das staatliche Gericht genannt wird — geht schon daraus hervor, daß sie beiden Teilen, dem Staat wie den Parteien, ungemein nützlich sind. Für die ordentlichen Gerichte bedeuten sie eine starke Entlastung, da ein großer Teil der Streitigkeiten von ihnen abgehalten wird.

Mehr aber noch profitieren die streitenden Parteien von der Einrichtung der Schiedsgerichte und des Schiedsgutachterinstitutes:

1. Durch schnellere und oft auch zweckmäßigere Erledigung des Rechtsstreites. Die im ordentlichen Prozeßweg anhängig gemachten Verfahren ziehen sich häufig in die Länge, was bei der Ueberlastung der Gerichte und der formellen Verfahrensregelung nicht anders möglich ist. Erschwerend kommt ebenfalls das System des Instanzenzuges hinzu. Bei der Bestellung von Schiedsgerichten (auch Schiedsgutachtern) wird besonders darauf geachtet, daß die zu berufenden Personen in der Lage sind, ihre Tätigkeit unverzüglich aufzunehmen, wodurch das Verfahren in wesentlich kürzerer Zeit abgeschlossen werden kann als vor ordentlichen Gerichten.

2. Durch Vermeidung schwerfälliger Prozesse. In den wenigsten Fällen nämlich, wo Schiedsgutachter tätig werden, wird gegen ihre Entscheidung ein „Rechtsmittel“ ergriffen, d. h. die Unverbindlichkeit des Gutachtens geltend gemacht, sodaß die Gerichtsinstanzen tatsächlich damit nicht beschäftigt werden. Außerdem können so die vielen unangenehmen Nebenwirkungen eines Prozesses sowie die meistens beachtlichen Kostenfolgen vermieden werden.

² Clasen, in JRPV 4 (1927), S. 326.

³ auch etwa Schiedskommission, Schiedskollegium genannt.

5. Es darf auch nicht außer acht gelassen werden, daß in manchen Fällen die staatlichen Richter, die vornehmlich formal-juristische Bildung besitzen⁴, für Fragen mehr tatsächlicher Natur nicht über genügende Sachkenntnis verfügen, sodaß sie bei ihrer Entscheidung ohnehin auf Sachverständige angewiesen sind. Geht ein Streit vor allem um tatsächliche Verhältnisse, so ist es bestimmt einfacher, wenn die Parteien auf Grund einer Schiedsgutachtervereinbarung die Sachverständigen direkt bestellen, anstatt sie in einem Prozeß durch den Richter bestimmen zu lassen. Diese Vereinfachung rechtfertigt sich auch dadurch, daß auf beide Art das gleiche Resultat erreicht wird, nämlich die gutachtliche Feststellung umstrittener Tatsachen. Durch das Mittel des Schiedsgutachterinstitutes können bloße Beweisprozesse vermieden werden, in denen die eigentliche Aufgabe des Richters, die Subsumption des Tatbestandes unter die richtigen Rechtssätze, durch das bloße „Sichüberzeugenlassen“ zurückgedrängt wird⁵.

II. Die Ausdehnung des Schiedsgutachterwesens im deutschen Recht

Besser als in den vorangegangenen allgemeinen Erörterungen kann die Bedeutung und das Ausmaß der schiedsgutachterlichen Tätigkeit durch eine Aufzählung von Fällen aus der Gerichtspraxis klar gemacht werden. Eingangs sei festgehalten, daß der Schiedsgutachter praktisch in allen Gebieten des bürgerlichen Rechts getroffen wird, nur spielt er in den verschiedenen Zweigen eine mehr oder weniger wichtige Rolle. Die nachfolgende Kasuistik, in der vor allem Fälle aus der Praxis des Reichsgerichtes berücksichtigt worden sind, soll den Wirkungskreis des Schiedsgutachters veranschaulichen:

1. Der Käufer eines Landstücks hat nachträglich festgestellt, daß einzelne Parzellen mit einer gefährlichen Giftpflanze dicht bestanden sind: er verlangt deshalb Herabsetzung des Kaufpreises. Zur Feststellung des Minderwertes dieser Landstücke wird eine Kommission von Sachverständigen (Schiedsgutachtern) eingesetzt⁶.

2. In einem Vertrag zwischen den Mitgliedern eines Aerztevereins und einer Krankenkasse ist vereinbart, daß die Rechnungen für die Behandlung von Kassenmitgliedern einer privaten Prüfstelle, zusammengesetzt aus Mitgliedern beider Vereine, einzureichen sind. Diese Prüfungsinstanz stellt verbindlich fest, ob die Arztrechnungen übersetzt sind, insbesondere ob eine sogenannte „Ueberbehandlung“ vorliegt⁷.

⁴ Clasen, in JRPV 4. S. 327.

⁵ Eckert, Der Schiedsgutachter, Diss. Göttingen 1928, Vorwort.

⁶ RGZ Bd. 150, 7.

⁷ RGZ Bd. 124, 33.

5. Ein Vertrag statuiert für ein Unternehmen die Verpflichtung, zur Verwertung eines Patentbesitzes eine Fabrikanlage einzurichten, falls nicht das fragliche Patent durch ein anderes überholt ist. Ob dies im gegebenen Zeitpunkt der Fall ist, soll durch ein „Schiedsgericht“ entschieden werden⁸.

4. In der Berufungsinstanz haben zwei Parteien vor dem Richter folgende Vereinbarung getroffen:

„Ein vom Gericht nach Befragung der Handelskammer in B. auszuwählender, unparteiischer Bücher-Sachverständiger soll die ganzen Bücher des Beklagten durchprüfen und feststellen, ob aus der gesamten Geschäftsverbindung der Parteien dem Kläger oder dem Beklagten ein Guthaben zustehe.“

Die Feststellung des Sachverständigen soll auch in bezug auf die Höhe eines allfälligen Guthabens maßgeblich sein⁹.

5. In einem Vertrag über die Auswertung eines fremden Patentbesitzes wird für den Streitfall vorgesehen, daß ein „Schiedsgericht“ darüber zu befinden habe, ob das patentierte Verfahren zur Herstellung des betreffenden Produktes benutzt worden ist oder nicht¹⁰.

6. Bei der Auflösung einer Handelsgesellschaft und dem Uebergang des Geschäftes in die Hand eines der Gesellschafter entstanden Streitigkeiten, worauf vereinbart wurde, daß von der Kammer für Handelsachen in B. zu ernennende Sachverständige mit den Funktionen von Schiedsrichtern über die Werte des Lagerbestandes, der ausstehenden Forderungen, der Immobilien und des alten Inventars der alten Firma endgültig entscheiden sollen¹¹.

7. Ein Wohnungsmietvertrag weist folgende Bestimmung auf:

„Es wird eine feste Miete bis zum... (Datum) festgesetzt. Sollte eine Partei der Meinung sein, daß entweder aus allgemeinen wirtschaftlichen Gründen oder mit Rücksicht auf örtliche Verhältnisse wesentliche Abweichungen von der festgesetzten Miete angebracht sind, so soll darüber ein „Schiedsgericht“ entscheiden.“

Jede Partei wählt einen Sachverständigen, den sie selber honoriert. Kann unter diesen keine Einigung erzielt werden, so soll die Handelskammer einen dritten Sachverständigen als Obmann ernennen¹².

8. Im deutschen Seeversicherungsrecht ist statuiert, daß Teilschäden an Schiffen durch Sachverständige verbindlich geschätzt werden¹³.

9. Unfallversicherungs-Bedingungen enthalten oft die Klausel, wonach bei Uneinigkeit zwischen Versicherer und Versicherten eine Aerztekommission über den Grad der Arbeitsunfähigkeit

⁸ Marcus, in „Das Recht“ 1912, S. 92.

⁹ RGZ Bd. 96, 57.

¹⁰ RGZ Bd. 24, 411.

¹¹ RGZ Bd. 67, 71.

¹² Deutsche Juristen-Zeitung 1930, S. 965.

¹³ RGZ Bd. 147, 58.

sowie über den Kausalzusammenhang zwischen Unfall und der verminderten Erwerbsfähigkeit verbindlich entscheiden soll¹⁴.

10. Häufig findet man in Feuerversicherungs-Bedingungen die Bestimmung, daß die Höhe eines entstandenen Brandschadens durch ein Schätzungsverfahren (Schiedsgutachter) verbindlich ermittelt werden soll¹⁵.

Die Liste solcher Beispiele ließe sich erweitern, besonders wenn man die Judikatur unterer Gerichte oder älteren Datums heranziehen würde¹⁶. Die stattliche Anzahl gerichtlicher Auseinandersetzungen läßt auf die Größe des Aufgabenkreises des Schiedsgutachters schließen, denn der kleinste Teil aller Fälle gelangt auf diese Weise an die Öffentlichkeit. (Es ist ja Sinn und Zweck des Schiedsgutachtervertrages, Streitigkeiten von den ordentlichen Gerichten fernzuhalten.)

Die Zusammenstellung zeigt weiter, daß es sich bei den Beispielen aus dem Kauf-, Patent-, Mietrecht etc. um Einzelfälle handelt. Von einer eigentlichen Verbreitung und allgemeinen Anwendung des Schiedsgutachterinstitutes kann nur im Versicherungsrecht gesprochen werden, was in der schweizerischen Praxis noch deutlicher zum Ausdruck kommt.

III. Die Bedeutung im schweizerischen Versicherungsrecht

Es gilt auch für die schweizerischen Verhältnisse vorerst zu prüfen, in welchen Rechtsgebieten der Schiedsgutachter gebräuchlich ist. Angeregt durch die vorgefundenen Anwendungsfälle im deutschen Recht war es angezeigt, nach ähnlichen Beispielen in der schweizerischen Praxis zu forschen. Nach bestimmt gehaltenen Auskünften von zentralen zürcherischen Handelsstellen¹⁷ und einer maßgebenden schweizerischen Krankenkasse¹⁸ kann mit einiger Sicherheit darauf geschlossen werden, daß der Schiedsgutachter in diesen Rechtsgebieten praktisch keine bedeutende Rolle spielt. Auch in der Praxis der Wohnungsvermietung stößt man nur auf vereinzelte Fälle, wo Wohnungen bei Mieterwechsel durch private Sachverständige begutachtet werden¹⁹. Einzig im Versicherungs-

¹⁴ RGZ Bd. 149, 215; 69, 167; 45, 350; 24, 357.

¹⁵ RGZ Bd. 130, 104; 37, 427; 6, 201; usw.

¹⁶ Vgl. die große Zahl von Beispielen bei Weismann, in AcP Bd. 72, S. 272 ff. und bei Wagner, Der Schiedsgutachter, Diss. Freiburg i.Br. 1909, S. 4 ff.

¹⁷ Vorort des schweiz. Handels- und Industrie-Vereins; Zürcher Handelskammer. Diese Stellen kennen den Schiedsgutachtervertrag, zu mindest aus der Praxis der letzten 10—15 Jahre nicht.

¹⁸ Schweiz. Krankenkasse „Helvetia“. Seit geraumer Zeit nur ein Einzelfall bekannt.

¹⁹ Vgl. folg. Beisp. Nr. 1. Bei der regelmäÙ. Wohnungsabnahme durch Beamte (Stadtammann, Betreibungsbeamter) handelt es sich um verwaltungsrechtliche Akte, nicht um die Tätigkeit von Schiedsgutachtern.

recht und hier wiederum vorwiegend in der Schadensversicherung wird der Schiedsgutachter zur häufigen Erscheinung. In der Praxis der Feuer- versicherung (inkl. Explosions- und Elementarschäden) ganz besonders stellt das Schätzungsverfahren durch Schiedsgutachter (Sachverständige genannt) die normale und übliche Art der Schadensermittlung dar. Das Verfahren spielt in den meisten Fällen reibungslos, sodaß es nur selten zu einer gerichtlichen Anfechtung des Schiedsgutachtens kommt. — Das früher häufig angewandte Verfahren der Aerztekommission in der Unfallversicherung wird nicht mehr von allen Versicherungsgesellschaften durchgeführt.

Beispiele aus der Gerichtspraxis:

1. In einem Mietvertrag ist vereinbart, daß bei Mieterwechsel über den ordnungsgemäßen Zustand der Wohnung das Gutachten eines vom Vermieter und Mieter gemeinsam bestellten Fachmannes eingeholt werden soll, falls sich die Parteien nicht sonst einigen können²⁰.

2. Ein Vermieter billigt dem Mieter zu, im Mietobjekt ein Photogeschäft einzubauen, und verpflichtet sich, bei Auflösung des Mietverhältnisses $\frac{2}{3}$ an die Baukosten zu bezahlen. Da beim Eintritt dieses Falles keine Einigung erzielt wird, vereinbart man die Ernennung einer Expertenkommission, welche die Höhe des Beitrages verbindlich festzusetzen habe²¹.

3. Ueber den Preis einer zu übernehmenden Schlafzimmereinrichtung herrscht Streit. Der Wert der Möbel soll durch das Gutachten zweier Experten und eines Obmannes festgesetzt werden, dem sich die Parteien bedingungslos fügen wollen²².

4. Die Ausführung von Buchbinderarbeiten werden vom Auftraggeber bemängelt. Da man sich über die Höhe der Entschädigungsforderung nicht einigen kann, wird dem Direktor einer Großbuchhandlung die Frage des Minderwertes der mangelhaft gelieferten Bücher zur Beurteilung vorgelegt²³.

5. Zwischen einer Speditionsfirma und einer Transportversicherungsanstalt wird unter anderem folgendes vereinbart:

„Werden Güter an ihrem Bestimmungsort beschädigt ausgeladen, so ist, wenn die Gesellschaft dort einen Bevollmächtigten hat, dieser bei der Untersuchung der Güter hinzuzuziehen, damit in Gemeinschaft mit ihm ihr Zustand, resp. Natur und Umfang ihrer Beschädigung festgesetzt... werden kann“²⁴.

²⁰ BIZR. Bd. 7, 4.

²¹ Praxis des Bundesgerichtes Bd. I, 37.

²² Handelsrechtliche Entscheid. Bd. 17, S. 323.

²³ BGE 67 II 146.

²⁴ BIZR Bd. 6, 191; ähnlich SVA V, 278.

6. Der Versicherungsnehmer einer Viehversicherung hat die Bestimmungen über eine Schätzungskommission dadurch verletzt, daß er einem ihrer Mitglieder den Zutritt zum Stall verwehrt²⁵.

7. Unfallversicherungsverträge enthalten oft die Klausel, daß im Streitfall über den Grad und die Dauer der unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit (Invalidität) oder über die Beschränkung der Erwerbsfähigkeit eine Aerztekommission endgültig entscheiden soll²⁶.

8. In der Feuerversicherung ist es üblich, den Brandschaden durch Sachverständige verbindlich feststellen zu lassen, wenn die Parteien nicht auf andere Weise zu einer Einigung kommen²⁷.

9. Schadensfeststellung durch Sachverständige in der Autokasko-Versicherung²⁸.

10. Dasselbe in der Einbruchdiebstahl-Versicherung²⁹.

§ 2. Die gesetzlichen Grundlagen und die allgemeinen Versicherungsbedingungen

I. Im deutschen Recht

1. BGB §§ 317—519.

Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch normiert in § 317 I folgendes:

„Ist die Bestimmung einer Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie nach billigem Ermessen erfolge.“

Art. 519 I ergänzt, daß die Bestimmung durch Dritte bei offenkundiger Unbilligkeit nicht verbindlich sei.

Die prinzipielle Frage, ob es sich bei dieser Leistungsbestimmung durch einen Dritten überhaupt um die Tätigkeit eines Schiedsgutachters handelt, sei in diesem Zusammenhang dahingestellt (vgl. § 5 I).

Unzweifelhaft hält das Reichsgericht dafür, — auch wenn zugegeben wird, daß diese Tätigkeit des Dritten nur ein Einzelfall im ganzen Aufgabenkreis des Schiedsgutachters darstellt —, daß die Bestimmungen von BGB 317—519 für alle Fälle schiedsgutachterlichen Handelns anzuwenden seien¹. Es stempelt daher diese Gesetzesstelle, in Ermangelung anderer Vorschriften, zur Generalnorm für das gesamte Schiedsgutachterwesen. In jüngerer Zeit allerdings zeigen sich im Schoße des Reichsgerichtes sel-

²⁵ BIZR Bd. 25, 69.

²⁶ BGE 71 II 294, 57 II 439, 37 II 444, 36 II 354, 31 II 688, 26 II 764, SVA VII 322, IV 254, II 51, I 66.

²⁷ BGE 46 II 82; SVA VIII 187, 216, 218, 220, 222; VII 240; VI 51, 261; IV 207, 208; II 55; I 67; BIZR Bd. 23, 2.

²⁸ BGE 62 II 235; SVA VIII 221, 224.

²⁹ SVA III 24.

¹ RGZ Bd. 150, 7; 124, 33; 87, 190; ganz besonders Bd. 96, 57.

ber gewisse Bedenken gegen eine solche allgemeine Anwendung der immerhin beschränkt gültigen Normen. Die Zweifel werden in einem Entscheid laut², wo gesagt wird, daß für die Beurteilung eines zur Durchführung gelangten Schiedsgutachtervertrages wesentlich die Grundsätze von Treu und Glauben maßgebend seien. Das Reichsgericht hat sich also in diesem Urteil nicht auf die allgemeine Geltung der betreffenden Bestimmungen des BGB berufen.

Geht man aber von der Ansicht aus, diese Gesetzesvorschriften stellen die Grundlage für alle Schiedsgutachterverträge dar, so muß immerhin eingewendet werden, daß sie bei solcher Zweckbestimmung viel zu eng gefaßt sind. Der vorgesehene Fall der Leistungsbestimmung durch Dritte (im Sinne der Ergänzung des unvollständigen Vertragsinhalts) ist, falls man ihn überhaupt als Beispiel der schiedsgutachterlichen Tätigkeit gelten lassen will, bei weitem nicht der häufigste. Wie die vorangegangenen Kasuistiken gezeigt haben, ist der Anwendungsbereich des Schiedsgutachters ein wesentlich weiterer³.

2. VVG §§ 64, 184.

Art. 64 I des deutschen Versicherungsvertragsgesetzes von 1910 lautet:

„Sollen nach dem Vertrag einzelne Voraussetzungen des Anspruches aus der Versicherung oder die Höhe des Schadens durch Sachverständige festgestellt werden, so ist die getroffene Feststellung nicht verbindlich, wenn sie offenbar von der wirklichen Sachlage erheblich abweicht. Die Feststellung erfolgt in diesem Falle durch Urteil. Das gleiche gilt, wenn die Sachverständigen die Feststellung nicht treffen können, wollen oder sie verzögern.“

Die hier genannten Sachverständigen sind entsprechend der ihnen gegebenen Aufgabe als wirkliche Schiedsgutachter zu betrachten. Demnach ist im Gebiet der Schadensversicherung die gesetzliche Grundlage für den Schiedsgutachtervertrag geschaffen. Eine analoge Regelung findet man in Art. 184 VVG für die Unfallversicherung. Die Bestimmung unterscheidet sich von VVG 64 einzig in der durch die Sachverständigen (hier Aerzte) zu entscheidenden Frage. Ihre Aufgabe ist es hier, entweder das Vorhandensein einzelner Voraussetzungen des Versicherungsanspruches oder das Maß der durch den Unfall entstandenen Einbuße an Erwerbsfähigkeit festzustellen⁴.

3. AGG §§ 106—107.

Das Arbeitsgerichtsgesetz (AGG) vom Jahre 1926 ist das erste deutsche Gesetz, in dem der Schiedsgutachtervertrag als solcher und unter dieser Bezeichnung geregelt ist. AGG § 106 heißt:

² RGZ Bd. 152, 201.

³ vgl. dazu auch Weismann in AcP 74, 422.

⁴ Vgl. Reichsgerichtsentscheide in § 1 Anm. 14 und 15. Die Regelung im Oesterreichischen VVG weicht wesentlich davon ab. OeVVG 11: Schiedsgerichte.

„Soweit die Vertragsparteien nach § 91 einen Schiedsvertrag in Arbeitsstreitigkeiten schließen können, können sie auch ohne Ausschluß der Arbeitsgerichtsbarkeit vereinbaren, daß Tatfragen, die für die Entscheidung des Rechtsstreites erheblich sind, durch ein Schiedsgutachten entschieden werden sollen (Schiedsgutachtenvertrag). Diese Vereinbarung hat die Wirkung, daß die durch Schiedsgutachten zu entscheidenden Tatfragen der Nachprüfung und Beweiserhebung im arbeitsgerichtlichen Verfahren entzogen sind, und daß die Arbeitsgerichtsbehörde an das Schiedsgutachten gebunden ist. Die Wirkung tritt nicht ein, wenn ...“

§ 107 spricht sich über die Zusammensetzung der Schiedsgutachterstelle und das Verfahren aus.

In Verbindung mit § 91 würde die Bestimmung AGG 106 etwa lauten: Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus einem Arbeits- oder Lehrverhältnis, das sich nach einem Tarifvertrage bestimmt, können die Parteien des Tarifvertrages in diesem durch ausdrückliche Abrede auch ohne Ausschluß der Arbeitsgerichtsbarkeit vereinbaren, daß Tatfragen, die für die Entscheidung des Rechtsstreites erheblich sind, durch ein Schiedsgutachten entschieden werden sollen.

Obschon diese gesetzliche Normierung in erster Linie für das Arbeitsrecht Gültigkeit hat, ist sie doch typisch für die allgemein richtige Erfassung der Aufgaben des Schiedsgutachters und des Schiedsgutachtervertrages. Durch diese Formulierung ergibt sich zugleich eine klare Abgrenzung des Schiedsgutachters von ähnlichen Institutionen. Mit der Uebernahme dieser Norm in die Gesetzgebung anderer Rechtsgebiete (z. B. ins Versicherungsrecht) unter entsprechenden Abänderungen könnten alle jene häufigen Streitigkeiten vermieden werden, wo es allein um die Feststellung geht, ob der von den Parteien geschlossene Vertrag ein eigentlicher Schiedsvertrag oder ein Schiedsgutachtervertrag darstelle⁵.

„Die Vereinbarung, daß Streitigkeiten aus dem Versicherungsvertrag durch ein Schiedsgericht entschieden werden sollen, ist nichtig.

Es kann jedoch vereinbart werden, daß die Höhe der dem Versicherer obliegenden Leistung durch ein Schiedsgericht zu bestimmen ist. Auf dessen Zusammensetzung und Verfahren finden die Vorschriften der ZPO über das schiedsrichterliche Verfahren Anwendung. Auf diese Vereinbarung kann sich der Versicherer nicht berufen, wenn er die Leistung verweigert.“

Dazu führt Ehrenzweig, die Rechtsordnung der Vertragsversicherung, S. 54 ff., aus, daß sich Abs. 1 von § 11 nur auf künftige Rechtsstreite beziehe; für bereits bestehende könne ohne weiteres ad hoc ein „Schiedsvertrag“ geschlossen werden.

Nach unseren Begriffen handelt es sich bei dem in Abs. 2 Satz 1 erwähnten „Schiedsgericht“ nicht um ein eigentliches Schiedsgericht, sondern um eine Schiedsgutachterkommission.

⁵ Ueber den Schiedsgutachter im Arbeitsrecht vergleiche: Lenz, in JW 1927, S. 839; Weiler, Diss. Köln 1934; Meckenstock, Diss. Köln a.Rh. 1932.

II. Im schweizerischen Recht

In der Schweiz wird der Schiedsgutachter weder im Privatrecht noch im Prozeßrecht erwähnt. Und trotzdem ist er bei uns gebräuchlich. Handelt es sich daher etwa um die Verwendung eines unzulässigen Institutes? Es darf hier wohl der allgemeine Satz angewandt werden, daß nicht alles, was nicht ausdrücklich erlaubt ist, verboten sein muß. Zudem entspricht es auch nicht der schweizerischen Eigenart, alles und jedes in eine gesetzliche Form zu kleiden.

Einzig im Versicherungsrecht hat der Gesetzgeber — wohl nicht zufällig — an das in der Praxis verbreitete Institut des Schiedsgutachters gedacht. So hat Art. 67 II des Versicherungsvertrags-Gesetzes von 1908 folgenden Wortlaut erhalten:

„Weigert sich eine Partei, bei der Feststellung des Schadens mitzuwirken, oder können sich die Parteien über die Größe des entstandenen Schadens nicht einigen, so ist, vorbehaltlich besonderer Vereinbarung, der Schaden durch gerichtlich bestellte Sachverständige zu ermitteln.“

Bei dieser Normierung werden die Parteien nicht einfach in ein festes System hineingedrängt, sondern man läßt ihnen mit dem „Vorbehalt anderer Vereinbarung“ freie Hand, dasjenige Verfahren zur Ermittlung des Schadens zu wählen, das ihnen im konkreten Fall am dienlichsten ist. Sie haben die Wahl, entweder den Schaden gemeinsam zu ermitteln, oder dazu ein Schiedsgericht oder einen Schiedsgutachter zu ernennen. Die Bestellung eigentlicher Schiedsgerichte zur Lösung solcher Aufgaben ist sehr selten; dagegen wird vom Rechte, eine schiedsgutachtliche Entscheidung zu verlangen, häufig Gebrauch gemacht. Immer dort nämlich, wo solche Drittpersonen mit dem ausschließlichen Auftrag betraut sind, einzig die Höhe des Schadens festzustellen (zu schätzen, zu berechnen, je nach Versicherungsart), wird es sich um Schiedsgutachter handeln.

Eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung kennt also das schweizerische Recht nicht, doch wird wenigstens im Gebiete der Hauptanwendungsfälle auf die Möglichkeit der Schiedsgutachterverträge indirekt aufmerksam gemacht.

III. Die allgemeinen Versicherungsbedingungen

A. Rechtsnatur

Für den Versicherungsvertrag gilt das Prinzip der Formfreiheit; jedoch ist Schriftlichkeit in allen Versicherungszweigen üblich. Versicherungsverträge sind Massenverträge, die sich innerhalb derselben Branche inhaltlich vielfach nur durch verschiedene Dauer des Versicherungsverhältnisses und Höhe der Versicherungssumme von einander unterscheiden, im übrigen aber gleich sind. Aus diesem Grunde entwickelten sich

stereotypisierte Vertragsinhalte, welche in den allgemeinen Versicherungsbedingungen ihren Ausdruck finden.

Grundsätzlich hat das Vertragsrecht vor zwingenden Gesetzesvorschriften zu weichen; keinesfalls darf jenes den Gesetznormen widersprechen, auch wenn es in dieser stereotypen Form auftritt. Dadurch aber, daß die allgemeinen Versicherungsbedingungen vom Eidgen. Versicherungsamt genehmigt werden müssen (Aufsichtsgesetz 3, Ziff. 1 und 4), wird ihre rechtliche Bedeutung erhöht; ihre Wirkung kommt derjenigen von Gesetzesvorschriften nahe. Dieser Umstand rechtfertigt daher eine Untersuchung der allgemeinen Versicherungsbedingungen im Zusammenhang mit den gesetzlichen Grundlagen für den Schiedsgutachtervertrag.

B. Der Schiedsgutachter in den allgemeinen Versicherungsbedingungen⁶

1. Personenversicherung:

a) In der Lebensversicherung (Kapitalversicherung etc.) hat das Schiedsgutachterverfahren im allgemeinen keinen Platz, da die Versicherungsleistung im Todesfall oder bei Erreichung eines bestimmten Zeitpunktes bereits summenmäßig im Vertrag festgelegt ist und der Tod oder die Erreichung eines fixierten Alters meistens eindeutig festgestellt werden kann. Denkbar wäre höchstens, daß Sachverständige darüber zu befinden hätten, ob der Versicherte beispielsweise in einen gefahrerhöhenden Beruf hinüber gewechselt habe. In alten Versicherungsbedingungen aus der Mitte des 19. Jahrhunderts trifft man allerdings Hinweise auf die Möglichkeit der Bestellung von „Schiedsrichtern“⁷; in der neueren Zeit aber sind derartige Klauseln aus den Lebensversicherungsbedingungen verschwunden.

⁶ Zu diesem Unterabschnitt vgl.: Sammlung von Versicherungsbedingungen deutscher Versicherungsanstalten, herausgegeben vom deutschen Verein für Versicherungs-Wissenschaft, Berlin, 1908/13.

⁷ a) Verfassung der Lebensversicherungsbank für Deutschland (zu Gotha) von 1828: § 67: „... In Fällen aber, wo es hauptsächlich auf Ermittlung der Lage der Sache und auf ärztliches Gutachten ankommt, soll, wenn eine gütliche Vereinigung nicht gewonnen wird, schiedsrichterliche Entscheidung eintreten. — Jede Partei wählt hiezu einen Arzt, und die beiden gewählten Aerzte vereinigen sich über einen Rechtsgelehrten. Alle drei müssen als unparteiisch gelten. — Sobald die eine Partei den Arzt gewählt hat, gibt sie der anderen Nachricht davon, und diese darf alsdann ihrerseits die Wahl nicht über 14 Tage hinauschieben, bei Verlust des Wahlrechtes, welches in solchem Falle der ersten Partei zuwächst. — Sollten die beiden Aerzte sich über die Wahl des Rechtsgelehrten nicht vereinigen, so ist die Obrigkeit des Ortes, wohin die Sache vorzugsweise gehört, um dessen Ernennung zu ersuchen. — Wenn sich ein Versicherter oder dessen Hinterbliebene bei der schiedsrichterlichen Entscheidung nicht beruhigen, so bleibt ihnen der Rekurs an die Herzogliche Landesregierung in Gotha vorbehalten.“

b) Statuten der Lebensversicherungsgesellschaft zu Leipzig von 1830: § 40: „... Vorfallende Differenzen, welche durch gütliche Verhandlung nicht zu vermitteln sind, sollen ohne prozessualische Weiterungen durch schiedsrichterlichen Ausspruch zur Entscheidung gebracht werden. Zu Schiedsrichtern sind, wenn es sich um solche Streitigkeiten handelt, welche medizinische Kenntnisse erfordern, Aerzte, bei Rechnungssachen

b) Unfallversicherung. Die Nebenbestimmungen, wonach bei Uneinigkeit zwischen Versicherer und Versichertem eine Aerztekommision (ärztliches „Schiedsgericht“, Schiedsrat) über den Grad der Erwerbsunfähigkeit usw. entscheiden soll, waren früher fast in allen Versicherungsbedingungen enthalten. Die neuesten allgemeinen Versicherungsbedingungen der größeren schweizerischen Unfallversicherungs-Gesellschaften haben sie ausgeschaltet, weil in unseren relativ kleinen Verhältnissen eine direkte Fühlungnahme zwischen den Parteien gut möglich ist und in den häufigsten Fällen zur Einigung führt. Dagegen erweist es sich in Deutschland immer noch als praktisch, mangels persönlichen Kontaktes zwischen Versicherungsnehmer und der Direktion der Versicherungsgesellschaft eine Aerztekommision über solche Streitfragen entscheiden zu lassen. Vor dem Krieg wurden diese Kommissionen sowohl vom Verunfallten wie von den Gesellschaften oft angerufen. Die Erfahrungen waren im allgemeinen gut und es konnten manche Prozesse, die sonst unvermeidlich gewesen wären, dadurch vermieden werden. Während des letzten Krieges ist die Anrufung der Aerztekommisionen wegen der Abwesenheit vieler Aerzte selten geworden; das Verfahren wird aber jetzt wieder praktiziert.

Die heutigen Bestimmungen, die für jede Art der Unfallversicherung und in allen Versicherungsbedingungen im wesentlichen gleich sind, lauten folgendermaßen:

„Im Falle von Meinungsverschiedenheiten über Art und Umfang der Unfallfolgen oder darüber, ob und in welchem Umfang der eingetretene Schaden auf den Versicherungsfall zurückzuführen ist, entscheidet die Aerztekommision; für alle sonstigen Streitpunkte sind die ordentlichen Gerichte zuständig.“

„In den der Aerztekommision vorbehaltenen Streitfällen hat der Versicherungsnehmer innerhalb zweier Monate, nachdem ihm die Erklärung der Gesellschaft zugegangen ist, Widerspruch zu erheben und

Kaufleute, außerdem Rechtsgelehrte von anerkanntem Ruf und unparteiischer Stellung zu wählen. Das Direktorium soll den seinerseits gewählten sogleich bei Anordnung des schiedsrichterlichen Verfahrens dem Gegenteil bekannt machen, dieser sich hierauf binnen 14 Tagen bei Verlust des Wahlrechtes, welches sodann dem Direktorium zufällt, einen Schiedsrichter ernennen und dem Direktorium anzeigen. Sind beide Teile über die Personen der Schiedsrichter einverstanden, so haben diese gemeinschaftlich einen Obmann zu bestimmen, der für den Fall, wo sie sich in ihren Ansichten nicht vereinigen können, die entscheidende Stimme hat. Der erfolgte schiedsrichterliche Ausspruch gibt die Entscheidungsnorm für die Streitfrage an die Hand und kann durch kein Rechtsmittel angefochten werden.“

c) Geschäftsplan der Berlinischen Lebensversicherungs-Gesellschaft von 1839: § 32: „Alle etwaigen Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft und einem Versicherten oder dessen Nachfolgern sollen, insofern nicht etwa die streitenden Teile selbst besondere Schiedsrichter wählen, . . .“

d) Allg. Bedingungen der Frankfurter Lebensversicherungs-Gesellschaft von 1844: § 10: „. . . Einer besonderen Verständigung zwischen der Gesellschaft und ihren Kontrahenten, oder einer speziellen Bestimmung der Police bleibt es vorbehalten, die Entscheidung durch Schiedsrichterspruch anstatt der durch die öffentlichen Gerichte zu stipulieren.“ — usw.

innen eines Monats nach Erhebung des Widerspruchs eine Kommissionsentscheidung zu beantragen; andernfalls sind weitergehende Ansprüche, als sie von der Gesellschaft anerkannt sind, ausgeschlossen. ... — Das Recht, Kommissionsentscheidungen zu beantragen, steht auch der Gesellschaft zu.“

Ein weiterer Paragraph gibt über die Zusammensetzung, das Verfahren und die Kosten der Aerztekommission Aufschluß⁸.

2. Schadensversicherung:

a) Die Schiedsgutachterklausel kommt praktisch in den allgemeinen Versicherungsbedingungen aller Schadensversicherungszweige⁹, in Deutschland wie in der Schweiz, vor. Von unwesentlichen Verschiedenheiten abgesehen haben sie etwa folgenden Inhalt:

„Jede Partei kann die Durchführung des Sachverständigenverfahrens verlangen. — Für das Verfahren gelten folgende Grundsätze:

1. Jede Partei ernennt zu Protokoll oder schriftlich einen Sachverständigen, und diese beiden wählen in gleicher Weise, vor Beginn der Schadensfeststellung, einen Dritten als Obmann. Unterläßt eine Partei die Ernennung ihres Sachverständigen binnen 14 Tagen, nachdem sie dazu schriftlich aufgefordert wurde, so wird er auf Antrag der andern Partei durch den Präsidenten des erstinstanzlichen Gerichtes am Orte, für den die Police in ihrem Hauptbetrug gilt, ernannt; der gleiche Richter hat auch den Obmann zu ernennen, wenn sich die Sachverständigen über dessen Wahl nicht einigen können.

2. Personen, denen es an der nötigen Sachkenntnis fehlt oder die mit einer Partei verwandt oder sonst befangen sind, können als Sachverständige und als Obmann abgelehnt werden. Wird der Ablehnungsgrund bestritten, so entscheidet der in Ziffer 1 bezeichnete Richter, der bei Gutheißung der Ablehnung den Sachverständigen oder Obmann selbst ernennt.

3. Die Feststellung der Sachverständigen beschränkt sich, mangels besonderer Vereinbarung, auf die Höhe des Schadens durch Beantwortung der Fragen nach dem Wert der versicherten, geretteten und beschädigten Sachen, unmittelbar vor und nach dem Schadenereignis.

Weichen die Feststellungen der Sachverständigen von einander ab, so entscheidet der Obmann über die streitig gebliebenen Punkte innerhalb der Grenzen beider Feststellungen.

4. Die Feststellungen, welche die Sachverständigen im Rahmen ihrer Zuständigkeit treffen, sind verbindlich, wenn nicht nachgewiesen wird, daß sie offenbar von der wirklichen Sachlage erheblich abweichen.

⁸ Allgemeine Versicherungsbedingungen für Unfallversicherung (für das deutsche Reich), die zur Zeit in Geltung.

⁹ Besonders in Feuerversicherung (inkl. Explosions- und Elementarschäden), Glasbruch-, Wasserleitungsschäden-, Maschinenschäden-, Kasko- (Auto-, Flugzeug-, Schiffskasko), Hagel-, Einbruchsdiebstahl-, Beraubungs-, Transport- und Viehversicherung.

5. Jede Partei trägt die Kosten ihres Sachverständigen; die Kosten des Obmanns tragen beide je zur Hälfte.“

Ziffer 2 ist erst in jüngster Zeit in schweizerische Versicherungsbedingungen hineingekommen, die deutschen kennen eine ähnliche Bestimmung noch nicht¹⁰.

b) Im Bereiche der Haftpflichtversicherung scheint zunächst auch kein Raum für Sachverständigen-Kommissionen zu sein, weil die Versicherungsbedingungen nur für das Verhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer gelten, nicht aber für den geschädigten Dritten. Und doch sind in älteren Versicherungsbedingungen Schiedsgutachterklauseln zu finden¹¹, allerdings nur bis in die Zeit um 1884. Später tauchen nur noch die eigentlichen Gerichtsstandsklauseln auf.

¹⁰ Deutsche und schweizerische allgemeine Feuerversicherungs-Bedingungen. Vgl. auch weiter Schadensversicherungs-Bedingungen.

¹¹ a) Magdeburger Allgemeine Versicherungs-A.G. 1882 § 16 und 1872 § 16.

b) Rhenania, Versicherungs-Aktiengesellschaft in Köln a.Rh., 1872, § 19 der AVB.

c) Schweizerische Unfallvers.-Aktiengesellschaft in Winterthur 1876, § 20 der AVB.

d) Allgemeiner Deutscher Versicherungsverein in Stuttgart, 1883, § 94 der AVB.
etc.

Allgemeiner Teil

I. Abschnitt:

Aufgabe und Begriff des Schiedsgutachters

§ 3. Die Aufgabe des Schiedsgutachters

Die vorangegangenen Beispiele aus dem Tätigkeitsbereich des Schiedsgutachters haben bereits die Richtung gewiesen, in der man zur Bestimmung seiner Aufgabe suchen muß. Im folgenden werden uns vor allem die Fragen beschäftigen: Fällt die Bestimmung einer Leistung unter seine Aufgaben? Ist die Entscheidung des Schiedsgutachters auf die Feststellung von Tatsachen beschränkt, oder erstreckt sie sich auch auf Rechtsfragen?

Das deutsche Reichsgericht hat in einer grundlegenden, für alle späteren Urteile maßgebenden Entscheidung¹ vom Jahre 1919 zur Tätigkeit des Schiedsgutachters Stellung bezogen. Es hat ihm hier grundverschiedene Aufgaben zugelegt, die sich u. E. nicht ohne weiteres in einem einzigen Rechtsinstitut vereinigen lassen. Das Reichsgericht führt aus:

„Die Vorschriften der §§ 317 ff. BGB haben zum Inhalt die Bestimmung des Inhalts der Verträge mit unbestimmter Leistung und lassen zu, daß die Leistung nicht nur durch einen der Vertragsschließenden selbst (§§ 315, 316 BGB), sondern auch durch einen Dritten bestimmt werden kann, der somit anstelle der Kontrahenten den Vertragswillen ergänzen soll.“

Dazu wird aber erklärt, daß sich der Inhalt der Schiedsgutachterverträge nicht in der Aufgabe erschöpfe, die dem Dritten in § 317 BGB zugewiesen sei:

„Es kann sich auch um die bloße Herausstellung eines dem Unkundigen verborgenen, dem Sachverständigen aber auffindbaren und bereits objektiv bestimmten Inhalts der Leistung handeln. Es ist solchenfalls nicht eine unbestimmte Vertragsleistung durch ihn zu einer bestimmten zu gestalten, der Inhalt des Vertrages in Ergänzung des Vertragswillens der Parteien, an deren Statt somit erst zu schaffen.

¹ RGZ Bd. 96, 57.

sondern lediglich die den Parteien noch unbekannte — ihrem Inhalt nach aber bereits objektiv bestimmte — Leistung zu einer ihnen bekannten zu machen, somit der vorhandene Inhalt des Vertrages klarzustellen.“

Weiter könne die Aufgabe des Schiedsgutachters auch darin bestehen, vermöge seiner Sachkunde nur gewisse Elemente zu beschaffen, die für die Bestimmung einer Vertragsleistung erst mittelbar maßgebend werden, m. a. W. Tatsachen festzustellen, die zur anderweitigen Bestimmung des Leistungsinhaltes dienen sollen, dessen Bestimmung selber aber dem Gutachter nicht mehr obliege.

Im ersten Falle wird dem Schiedsgutachter die Aufgabe zugewiesen, anstelle der Vertragsparteien die unbestimmte Vertragsleistung zu bestimmen, also den Vertragswillen der Parteien zu ergänzen, eine Gestaltungsaufgabe. Eine zweite Möglichkeit soll für ihn als sachkundige Person die Klarstellung des objektiv bereits vorhandenen, für die Parteien aber noch nicht klar erkennbaren Vertragsinhaltes sein. Und als dritte Aufgabe ergibt sich die sachgemäße Feststellung rechtserheblicher Tatsachen. Die Gestaltung eines Rechtsverhältnisses, die Abklärung eines unsicheren Vertragsinhaltes oder die sachverständige Feststellung von erheblichen Tatsachen; welches ist die eigentliche Aufgabe des Schiedsgutachters?

I. Die Bestimmung der Leistung nach § 317 BGB²

Darf diese Bestimmung zu den Aufgaben des Schiedsgutachters gezählt werden? Das Reichsgericht hat die Frage wiederholt bejaht, indem es immer wieder betont, die §§ 317 ff. stellen die Grundnorm für die schiedsgutachterliche Tätigkeit dar³. Um abklären zu können, ob diese, von den Kommentatoren des Bürgerlichen Gesetzbuches und anderen Autoren⁴ ebenfalls vertretene Ansicht richtig ist, oder ob der Schiedsgutachter in anderer Weise tätig wird, ist zunächst auf die Leistungsbestimmung durch einen Dritten näher einzutreten.

A. Das Wesen der unbestimmten Leistung und der Leistungsbestimmung

Die Grundlage für das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen zwei Parteien ist ein Vertrag (von außervertraglichen Rechtsbeziehungen abgesehen). In unserem Falle wird durch den Vertrag ein Schuldverhältnis begründet, das dem Gläubiger das Recht gibt, vom Schuldner eine

² Zu dieser Frage: Meckenstock, der Schiedsgutachter und seine Anwendung im Arbeitsrecht. Diss. Köln a.Rh. 1932. S. 4 ff.; Kahn, Diss. Köln 1954. S. 10 ff.; Wangner, Diss. Freiburg i.Br. 1909. S. 28 ff.; Eckert a.a.O. S. 7 ff.

³ vgl. § 211 und die dort angemarkten Gerichtsentscheide.

⁴ Oertmann, Planck, Warneyer zu § 317. Rau, in ZVW 1905. S. 275 ff.; Oppler in „Das Recht“ 1906. S. 433 ff.

Leistung zu fordern. Gelegentlich ist es den Parteien nicht möglich, bereits beim Vertragsabschluß den Inhalt der zukünftigen Leistung konkret zu formulieren; die genaue Bestimmung wird auf einen späteren Zeitpunkt verschoben. Der Vertrag kennzeichnet sich also vorläufig durch eine relative Unbestimmtheit.

Immerhin muß auch bei einem so gearteten Vertrag verlangt werden, daß die vorerst unbestimmte Leistung zumindest bestimmbar ist, ansonst er mangels Einigung über einen essentiellen Punkt des Inhalts als nicht geschlossen betrachtet werden müßte. Ein nur im abstrakten Vertragswillen sich erschöpfender Vertrag kann nicht realisiert werden: der Erfüllungswille ist wohl vorhanden, aber über den Inhalt der Leistung herrscht noch Unklarheit. Da eine Leistung nur möglich ist bei Uebereinstimmung von Vertrags- und Erfüllungswillen, muß der „das Verhältnis beherrschende Parteiwille... eine Entwicklung durchmachen von geringerer zu größerer, von unvollkommener zu vollkommener Bestimmtheit“⁵.

Es gibt verschiedene Wege, diese relative Unbestimmtheit zu beseitigen. Falls die Parteien sich nachträglich selber instand gesetzt glauben, die Konkretisierung des Leistungsinhalts vorzunehmen, so wird dies die gegebene Lösung sein. Liegen aber noch die gleichen Gründe vor, die sie beim Vertragsschluß zum Offenhalten dieser Frage veranlaßt haben (z. B. mangelnde Sachkenntnis), so ist für diesen Fall in BGB 317 die Möglichkeit der Drittbestimmung vorgesehen.

B. Das Handeln des Dritten

Welches ist nun seine Aufgabe? Eines ist klar, er handelt weder im eigenen Interesse, noch tritt er durch seine Aufgabe irgendwie in das Schuldverhältnis zwischen den Parteien ein. Er handelt als außenstehender Dritter für die Parteien, anstelle der Parteien, nicht aber als beteiligte Partei. Und doch greift er maßgebend in das Schuldverhältnis ein, indem er eben durch die Bestimmung der Leistung, die ihm auf Grund seiner erhöhten Sachkenntnis möglich ist, das Schuldverhältnis in seinem Hauptpunkt konkretisiert, zur Realisierung reif macht und ihm damit eigentlich erst einen Inhalt gibt. Diese Leistungsbestimmung gestaltet den Vertrag zu einem sinnvollen Rechtsverhältnis.

Ist der Dritte in seinem Handeln völlig frei oder muß er sich innerhalb gewisser Grenzen halten? Man stößt hier auf die Gegenüberstellung: Entscheidung nach billigem Ermessen oder nach freiem Belieben. BGB 317 selber überläßt die Frage der Parteivereinbarung. Es wird nur bestimmt, daß wenn die Parteien über den Maßstab, nach welchem der Dritte entscheiden soll, nichts vereinbart haben, nur ein nach Billigkeit gefällter Spruch für die Parteien verbindlich ist. An sich aber soll es den Parteien freistehen, dem Dritten völlig freie Hand zu lassen, seinen Ent-

⁵ Weismann in AcP 72, S. 292.

scheid nach freiem Belieben, d. h. willkürlich zu fällen. Von den Kommentatoren des BGB wird die Bestimmung einer Leistung nach dem freien Belieben des Dritten gebilligt⁶; die gesetzliche Formulierung muß auch in diesem Sinne ausgelegt werden. Dagegen neigen andere Autoren⁷ und mit ihnen gelegentlich auch das Reichsgericht⁸ eher zur Ansicht, daß der Dritte nur nach billigem Ermessen, d. h. sachgemäß, objektiv, gestützt auf Erfahrungssätze entscheiden dürfe. Dieser Meinung ist bestimmt der Vorrang zu geben, denn es ist kaum anzunehmen, daß es je der Wille der Parteien sein kann, ihr Rechtsverhältnis einem Dritten auszuliefern, der nicht Gewähr bietet für ein Minimum von Objektivität. Sicher ist, daß dort, wo von Feststellung rechtlicher Ansprüche durch das Gutachten eines Dritten die Rede ist, nur eine Entscheidung nach billigem Ermessen (*arbitrium boni viri*) in Frage kommen kann. „Ja, es wäre geradezu *contra bonos mores*, einen Vertrag zu schließen, durch den jemand sein Recht der nackten Willkür eines Dritten unterwerfen möchte, und erst recht *contra bonos mores*, eine dahin gehende Forderung an den Gegner zu stellen“⁹. Schirmer glaubt übrigens zu beweisen, daß dieses „freie Belieben“ nur durch irrtümliche Auslegung der römischen Rechtsquellen, die sich die gemeinrechtliche Lehre habe zu schulden kommen lassen, in das moderne Recht hineingekommen sei.

Ein gewisser Maßstab, nach dem der Dritte seine Entscheidung zu treffen hat, ist somit in jedem Fall die Billigkeit.

C. Ist die Leistungsbestimmung durch den Dritten schiedsgutachterliche Tätigkeit?

Mit dieser Frage kommen wir auf den Ausgangspunkt des Problems zurück. Der Vorwurf gewisser Widersprüche kann den Befürwortern der Frage nicht erspart bleiben. Es ist keinesfalls logisch, wenn das Reichsgericht die §§ 317—319 BGB als Grundlage für die Tätigkeit des Schiedsgutachters bezeichnet, zugleich aber zugibt, daß es sich bei der Leistungsbestimmung durch den Dritten (in oben dargestellter Weise) um einen Spezialfall schiedsgutachterlichen Wirkens handle. Spezialnormen sind an und für sich nicht geeignet, als Grundlage für eine Massenerscheinung (wie das Schiedsgutachteninstitut im Versicherungsrecht) zu dienen.

Oertmann¹⁰ betont ganz richtig, ohne aber die nötigen Konsequenzen für den Unterschied zur Aufgabe des Schiedsgutachters zu ziehen, daß der Dritte des BGB nicht eine unbestimmte Tatsache ermitteln, „sondern den unvollständigen Inhalt eines Schuldverhältnisses ergänzen — nicht feststellen, sondern gestalten soll. Von Tatsachen ist dabei überhaupt

⁶ so auch Wangner a.a.O. S. 30.

⁷ z.B. Eckert, S. 12; Schirmer in AcP Bd. 91, S. 136 ff.

⁸ z.B. RGZ Bd. 152, 201.

⁹ Schirmer, a.a.O. S. 139.

¹⁰ In ZZP Bd. 47, S. 131.

nicht die Rede, sondern nur von Rechtsfolgen.“ Daß die Gestaltung eines Rechtsverhältnisses aber nicht die Aufgabe des Schiedsgutachters sein kann, geht aus der Tätigkeit, die ihm im Hauptgebiet seines Wirkens, im Versicherungsrecht, zugelegt ist, hervor. Hier hat er nicht nach billigem Ermessen oder gar nach freiem Belieben, sondern nach „pflichtmäßigem Ermessen“ durch sachverständige Wahrnehmung und Schlußfolgerung einen Sachverhalt festzustellen, der für das Versicherungsverhältnis, für die Leistung im Einzelfall von Bedeutung ist¹¹.

Die Entscheidung des Schiedsgutachters schafft nichts Neues, sie gestaltet nicht, sie stellt lediglich fest. Mit dem „billigen Ermessen“ in BGB 317 ff. hat also die gutachterliche Feststellung von Tatsachen nicht viel gemeinsam¹². In neuester Zeit wird sogar eine noch weitergehende Ansicht vertreten, wonach die Bestimmung von § 64 des deutschen VVG die Vorschriften BGB 317 ff. geradezu ausschließen¹³.

Es soll hier zu dieser Kontroverse nicht weiter Stellung genommen werden. Denn für die schweizerischen Verhältnisse stellen sich keine ähnlichen Probleme, da das schweizerische Recht Vorschriften wie die des BGB nicht kennt. Für uns wird sich die Aufgabe des Schiedsgutachters recht eigentlich aus dem Versicherungsrecht ergeben, wo dem Schiedsgutachter allein eine praktisch wichtige Rolle zufällt.

II. Die Aufgabe des Schiedsgutachters speziell im Versicherungsrecht

Indirekt erhellt sich die Aufgabe des Schiedsgutachters schon aus den vorangegangenen Ausführungen. Um aber zur notwendigen Klarheit zu gelangen, wird am besten von einem konkreten Beispiel ausgegangen: Der X ist bei der Unfallversicherungsgesellschaft Y gegen Unfall versichert. Beim Eintritt des versicherten Ereignisses sind Meinungsverschiedenheiten entstanden: 1. Ueber Art und Umfang der Unfallfolgen (Grad der Erwerbsunfähigkeit) und 2. darüber, ob und in welchem Umfang der eingetretene Schaden auf den Versicherungsfall zurückzuführen ist (Kausalzusammenhang). Zur Beurteilung dieser Fragen wird eine Aerztekommision bestellt (Schiedsgutachterkommission).

A. Der Streit als Voraussetzung

Gelegentlich wird als Voraussetzung für das Tätigwerden eines Schiedsgutachters das Bestehen eines Streites verlangt. Streit in diesem Sinne

¹¹ Bruck, Das Privatversicherungsrecht, 1930, S. 446; Ritter, Das Recht der Seeversicherung, Hamburg 1924, Bd. II, S. 904 Anm. 9.

¹² So auch: Salinger, in „Das Recht“ 1908, S. 143 ff.; Schneider, in Leipz.Z. 1909, S. 905 und Clasen in JRPV 4, S. 328; dagegen Rau und Oppler, vgl. Anm. 4 dieses Paragraphen.

¹³ Prölss, Versicherungsvertragsgesetz, 4. Aufl. 1943, in Beck'sche Kurzkommentare Bd. 14, S. 163 ff. Anm. 13. Auch für die Regelung des Schiedsgutachtervertrages in AGG § 106 ff. sei die Anwendung der §§ 317 ff. BGB völlig ausgeschlossen, sagt Lenz, in JW 1927, S. 839.

bedeutet, daß von einer Partei eine bestimmte Leistung verlangt wird, die vom Vertragsgegner entweder als solche oder wenigstens im geforderten Umfang verweigert wird. In unserem Fall also würde der Versicherungsnehmer vom Versicherer Entschädigung für die teilweise Arbeitsunfähigkeit verlangen, die aber vom Versicherer mit der Behauptung abgelehnt werden könnte, der Umfang der Erwerbsunfähigkeit entspreche nicht dem gestellten Versicherungsanspruch, oder die Ursache für die verminderte Erwerbsfähigkeit sei nicht ein Unfall gewesen. Der Streit geht also um Tatsachen, von deren Vorliegen oder Nichtvorliegen die Berechtigung der Forderung abhängt.

In der Regel ist es schon so, daß sich die Parteien nur für ein Schiedsgutachterverfahren entschließen werden, wenn sie sich über derartige Fragen nicht einigen können. Das Bestehen eines Streites aber als absolute Voraussetzung für das Tätigwerden von Schiedsgutachtern werten zu wollen, wäre zu weitgehend. Es ist vor allem auf die vertragliche Regelung abzustellen. Bestimmt ein Vertrag (wie in unserem Beispiel), daß bei Uneinigkeit über diese und jene Frage die Entscheidung Dritten überlassen sein soll, so muß allerdings die Voraussetzung eines Streites (nicht eines eigentlichen Rechtsstreites) erfüllt sein¹⁴. Ist aber im Vertrag das Schiedsgutachterverfahren nicht vom Bestehen eines Streites abhängig gemacht, so fällt diese Voraussetzung dahin.

B. Gegenstand der schiedsgutachtlichen Entscheidung

1. Die Feststellung erheblicher Tatsachen

Was wird nun im angeführten Beispiel vom Schiedsgutachter verlangt? Er soll das Ausmaß der Invalidität des Versicherten feststellen, er soll prüfen, in welchem Umfang diese Invalidität auf das schädigende Ereignis (Unfall) zurückzuführen ist. Seine Aufgabe ist demnach, Tatbestandselemente abzuklären, einzelne Tatsachen festzustellen, die für die Bestimmung der Versicherungsleistung erheblich sind¹⁵. Es handelt sich um die Feststellung objektiv bereits vorhandener, aber noch unabgeklärter tatsächlicher Verhältnisse, um Tatsachenfeststellung. Dieses „Außerzweifeln“ ist in seiner Wirkung dadurch charakterisiert, daß es für die Parteien und für den in dieser Sache eventuell tätig werdenden Richter verbindlich ist¹⁶.

Die festzustellenden Tatsachen sollen für das Rechtsverhältnis bedeutsam sein. Es hat keinen Sinn, alltägliche Wahrnehmungen zum Gegen-

¹⁴ In den meisten Versicherungsbedingungen ist diese Voraussetzung vorgesehen, dagegen nicht in den allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen (schweizerische und deutsche), da in der Feuerversicherungspraxis das Sachverständigenverfahren oft als normales Schadensermittlungsverfahren angewandt wird.

¹⁵ Dasselbe gilt für alle Fälle der schiedsgutachtlichen Schadensermittlung, auch in anderen Versicherungszweigen. Das Feststellen besteht in einem Beurteilen, Bewerten oder Schätzen.

¹⁶ Näheres darüber vgl. § 12 II.

stand schiedsgutachtlicher Feststellung zu machen. Nur solche Tatsachen sind dem Dritten zu unterbreiten, bei deren Beurteilung er aus seiner Erfahrung als Sachkundiger schöpfen muß, und die nicht in anderer Weise festgestellt werden können. Es sollen Tatsachen sein, deren Klarstellung für die Abwicklung des Vertrages wesentlich ins Gewicht fallen.

Wenn die Parteien die Beurteilung solcher Tatfragen in das Ermessen eines oder mehrerer Dritter stellen, so haben sie wohl als selbstverständlich vorausgesetzt, daß die vom Dritten getroffene Feststellung auf sorgfältiger und sachgemäßer Prüfung beruhe. Man will von ihm nicht einen haltlosen, willkürlichen Entscheid, sondern eine auf Kenntnis des Tatbestandes und der Materie an sich beruhende Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse. Er muß auf Grund seiner speziellen Sachkenntnis in der Lage sein (für die schiedsgutachterliche Tätigkeit in der Unfallversicherung kommen deshalb nur Aerzte in Frage), die festzustellenden Tatsachen unter Erfahrungssätze zu subsummieren.

Zu Erfahrungssätzen gelangt man durch Beobachtung von Einzelfällen, bei denen unter gewissen Voraussetzungen immer dieselben Erscheinungen als Folge auftreten, sodaß mit Gewißheit erwartet werden kann, daß sich diese Folgen auch in einem neuen Fall bei gleichen Voraussetzungen einstellen werden. Aus dieser Wiederholung gleicher Wahrnehmungen läßt sich dann eine Regel ableiten, die mit der Zeit zu einem festen, allgemeingültigen Satz, einem Erfahrungssatz erstarrt¹⁷. Auf die Anwendung solcher Erfahrungssätze kann der Schiedsgutachter nicht verzichten. Und es tritt im vorn angeführten Beispiel deutlich hervor bei der Frage, ob und in welchem Ausmaß die beim Versicherten eingetretene Schädigung an der Gesundheit mit dem Versicherungsfall in kausalem Zusammenhang stehe. Ohne Subsumption der vorhandenen Tatbestandselemente unter Erfahrungssätze kommt hier der Schiedsgutachter nicht aus. Er muß auf seine allgemeinen Erfahrungen mit derartigen Sachverhalten zurückgreifen und Vergleiche mit Tatbeständen mit gleichen Voraussetzungen anstellen können. Hat er aber diese Frage beantwortet — sei es negativ oder positiv — und den Umfang der Schädigung festgestellt, so ist seine Aufgabe beendet. Er hat sich zu mindest nicht darüber zu äußern, ob die Versicherungsleistung nun geschuldet werde oder nicht.

Aehnlich ergibt sich die Unerläßlichkeit der Subsumptionstätigkeit auch aus einem (vorn § 1, II, Anm. 9 zitierten) Fall vor dem Reichsgericht, wo durch einen Büchersachverständigen die Geschäftsbücher der beiden Parteien überprüft werden sollen, um daraus festzustellen, ob dem einen oder anderen Teil eine Forderung zustehe. Auch in diesem Beispiel genügt es nicht, wenn der Schiedsgutachter lediglich die einzelnen Zahlungen auf jeder Seite feststellt, sondern er hat zudem nach den allgemeinen Regeln der kaufmännischen Buchführung und der Erfahrung die Bücher

¹⁷ Wangner, S. 20.

beider Parteien miteinander zu vergleichen und Leistungen und Gegenleistungen zu verrechnen. Nur so wird er zum gewünschten Resultat, zur Feststellung eines allfälligen Guthabens des einen oder anderen Geschäftsmannes kommen. Weitere Konsequenzen zu ziehen, steht nicht in seiner Kompetenz¹⁸.

Die Aufgabe des Schiedsgutachters wird sich demnach in vielen Fällen nicht in der bloßen Feststellung erschöpfen, sondern vielmehr auch die Subsumption unter die Regel des Lebens und der Erfahrung erfordern.

2. Die Beurteilung von Rechtsfragen?

Es ist noch die Frage abzuklären, ob der Schiedsgutachter nur Tatfragen zu beurteilen, oder ob er auch bereits die Rechtsfolgen daran zu knüpfen hat. Aus den bisherigen Darlegungen hat sich ergeben, daß seine Aufgabe vorwiegend in der Bestimmung von Tatsächlichem liegt. Wenn man beim angeführten Beispiel bleibt, könnte der Ausspruch des Schiedsgutachters (der Aerztekommission) ungefähr lauten: „Der Versicherte ist zeitlebens zu 50 % erwerbsunfähig. Die ganze Einbuße der Arbeitsfähigkeit ist eine Folge des Unfalles.“ Auf Grund dieser Tatsachenfeststellung muß als Rechtsfolge abgeleitet werden, daß der Versicherer zu einer gemäß den Versicherungsbedingungen berechneten Kapital- oder Rentenleistung verpflichtet ist, vorausgesetzt, er anerkenne den Unfall als ein unter die versicherten Gefahren fallendes Schadensereignis. Darüber hat sich aber der Schiedsgutachter nicht mehr auszusprechen; seine Tätigkeit ist mit der Beantwortung der gestellten Fragen abgeschlossen. Anerkennt der Versicherer seine Entschädigungspflicht trotzdem nicht, so hat sich der Geschädigte an den ordentlichen Richter zu wenden^{18a}.

Im allgemeinen wird man sagen können, daß die Entscheidungskompetenz des Schiedsgutachters nicht über Tatfragen hinausreicht¹⁹. Wenn schon die verbindliche Feststellung von Tatsachen durch die Gerichte anerkannt wird, darf man doch nicht so weit gehen, daß dem Richter seine eigentliche Aufgabe, die auf Grund von Erfahrungssätzen festgestellten Tatsachen unter Rechtssätzen zu subsummieren, gekürzt wird. Denn die Prüfung des gesetzmäßigen Verhaltens fällt allein in richterliche oder schiedsrichterliche Kompetenz.

¹⁸ Meckenstock, S. 15.

^{18a}) Begriffe wie Erwerbsunfähigkeit und Kausalität sind Rechtsbegriffe. Der Schiedsgutachter hat aber nur zu entscheiden, ob sich Tatsachen verwirklicht haben, nicht aber, ob die festgestellten Tatsachen eine Erwerbsunfähigkeit oder Kausalität im Rechtssinne begründen. Daß einem Schiedsgutachter Fragen unter Verwendung von Rechtsbegriffen unterbreitet werden, läßt sich aber kaum vermeiden und ist ohne Bedenken, sofern die Kenntnis ihrer Bedeutung beim Begutachter vorausgesetzt werden kann. Dem Richter bleibt es aber vorbehalten, zu überprüfen, ob der Schiedsgutachter diese Rechtsbegriffe richtig aufgefaßt hat.

¹⁹ Vgl. die vorn unter § 1 zitierten Gerichtsentscheide, die alle zu diesem Schlusse gelangen. Ebenfalls: Roelli-Jaeger, Kommentar zum VVG, Bd. II 1932, zu Art. 67, N 23; Bruck a.a.O. S. 445/46; Clasen in JRPV Bd. 4, S. 337 etc.

Die endgültige Lösung der Frage, ob auch Rechtsfragen Gegenstand schiedsgutachtlicher Entscheidung sein können, kann sich aus der Beweismaterie des Schiedsgutachtervertrages (vgl. § 7) ergeben. Tatsachen und Erfahrungssätze können insoweit Gegenstand eines Schiedsgutachtens sein, als sie beweisbedürftig sind. Rechtssätze dagegen sind grundsätzlich nicht beweisbedürftig, es sei denn, daß es sich um ausländisches Recht handelt, wo ebenfalls durch Schiedsgutachten der Beweis angetreten werden kann²⁰.

III. Der Begriff des Schiedsgutachters aus seiner Tätigkeit

Gestützt auf die vorgängigen Erörterungen kann der Schiedsgutachter folgendermaßen definiert werden:

Er ist derjenige Dritte, der auf Grund einer Parteivereinbarung unter Anwendung von Erfahrungssätzen Tatsachen, die als Tatbestandselemente für das Rechtsverhältnis erheblich (und deshalb beweisbedürftig) sind, zum Zwecke des Beweises verbindlich beurteilt.

Mit dieser Feststellung, die ihm (im Gegensatz zum Richter) Selbstzweck ist, gilt seine Tätigkeit als erledigt. Die daraus resultierenden Rechtsfolgen werden nicht durch ihn (wie im Falle des Dritten nach BGB 517 ff.) ausgesprochen, sondern entweder durch die Parteien selbst als Fazit aus der Unterwerfung unter das Schiedsgutachten oder durch das Gericht in Form eines Urteils, das auf die schiedsgutachtlich festgestellten Tatsachen begründet sein muß²¹.

§ 4. Abgrenzung des Schiedsgutachters von ähnlichen Institutionen

Um Begriff und Aufgabe des Schiedsgutachters richtig zu erfassen, ist eine Abgrenzung gegenüber Rechtsfiguren mit ähnlichen Merkmalen nötig. Der Zweck dieser Gegenüberstellung ist einerseits eine in Einzelheiten gehende Abklärung der spezifischen Tätigkeit des Schiedsgutachters, andererseits eine möglichst klare Formulierung der Unterschiede zu diesen, in ihren Funktionen ähnlichen Dritten.

²⁰ Buchdahl, die Rechtsnatur der Schiedsgutachterklausel und des Schiedsgutachtens, Diss. Erlangen 1932, S. 33.

²¹ Ähnlich: Meckenstock, S. 17; Wangner, S. 25.

I. Der Dritte nach BGB 317 ff.

Eine detaillierte Unterscheidung zwischen Schiedsgutachter und Drittem gemäß BGB erübrigt sich aus zwei Gründen. Einmal ist der Dritte im Sinne des deutschen BGB dem schweizerischen Recht wenig bekannt und zweitens wurden die Hauptunterscheidungsmerkmale — Gestaltung eines Rechtsverhältnisses gegenüber der Feststellung erheblicher Tatsachen — bereits in der vorangegangenen Betrachtung dargelegt.

II. Der gerichtliche Sachverständige¹

Der Umstand, daß in den Versicherungsverträgen, resp. den allgemeinen Versicherungsbedingungen die Schiedsgutachter meistens als Sachverständige, in der Mehrzahl als Sachverständigen-Kommission, bezeichnet werden, könnte zur Annahme verleiten, es handle sich bei diesen Dritten um Sachverständige im Sinne gerichtlich bestellter Sachkundiger. Tatsächlich liegt der Schluß nahe, sind doch ihre Aufgaben inhaltlich die gleichen. Beide, Schiedsgutachter und Prozeßsachverständiger, haben Wahrnehmungen zu machen, zu denen sie nur dank ihrer besonderen Sachkenntnis fähig sind; beide haben streitige tatsächliche Verhältnisse auf Grund ihrer Erfahrung fachmännisch zu beurteilen. Diese Wahrnehmungen werden nicht, wie von einfachen Zeugen, mehr oder weniger zufällig gemacht, sondern ganz bewußt im Hinblick auf die ihnen gestellte Aufgabe. Gemeinsam ist ihnen also die erforderliche Sachkenntnis und Erfahrung, auf Grund derer sie allein ihren Spruch tun. (Die zürcherische ZPO verlangt ja auch in § 212, daß Sachverständige nur dann beigezogen werden sollen, wenn es sich um Tatsachen handle, deren Wahrnehmung und Beurteilung besondere Fachkenntnisse voraussetze). Ziel ihrer Tätigkeit ist demnach, die streitigen Tatsachen sachgemäß zu beurteilen und dieses Urteil in einem Gutachten zusammenzufassen. Dem sachlichen Inhalt nach können beim Gutachten der einen oder anderen Gruppe von Sachverständigen keine typisch unterschiedlichen Merkmale gefunden werden.

Worin unterscheiden sich aber Schiedsgutachter und Sachverständiger der ZPO? Nachdem festgestellt ist, daß sich ihre Tätigkeit und deren Ergebnis inhaltlich weitgehend decken, kann der Unterschied nur noch in der Tendenz und den Wirkungen ihres Ausspruches liegen². Der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung erlaubt es dem Richter, das Gutachten des Prozeßsachverständigen nur insoweit seinem Urteil zugrunde zu legen, als er von dessen Richtigkeit überzeugt ist. Das Sach-

¹ Dazu Kunelsky, Der Sachverständige im zürcherischen Zivilprozeß, Diss. Zürich 1956, S. 9 ff.

² Weismann, AcP Bd. 72, S. 298.

verständigengutachten ist Beweismittel, wie jedes andere, dessen Inhalt sich der Richter zu eigen machen, auf Grund dessen er sein Urteil fällen kann, aber nicht muß. Im Gegensatz dazu ist das Schiedsgutachten für die Parteien wie für den Richter bindend, d. h. der Richter darf sich nicht eine vom Schiedsgutachten verschiedene Ansicht bilden. Er hat den Anspruch des Schiedsgutachters — falls nicht eine offenbare Unbilligkeit oder Unrichtigkeit zu Tage tritt — zu seiner Urteilsgrundlage zu machen, selbst dann, wenn er vom Gutachten nicht überzeugt ist³. In dieser Bindung an den Spruch einerseits und in der freien richterlichen Beweiswürdigung anderseits ist das wesentliche Unterscheidungsmerkmal zwischen Schiedsgutachter und Sachverständigem der ZPO zu sehen.

Wenn von anderen Autoren der Unterschied vor allem als darin bestehend betrachtet wird, daß das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen prozessual, das Schiedsgutachten dagegen materiell wirke⁴, so kann an dieser Stelle entgegnet werden (ohne bereits eine Begründung dafür zu geben), daß auch das Schiedsgutachten wesentliche Wirkungen auf prozessualen Gebiete hervorruft.

Als Einzelunterschied soll noch hervorgehoben werden, daß die Prozeßsachverständigen vom Richter, eventuell auf Vorschlag der Parteien (vgl. Zürch. ZPO 215) bestellt werden; der Schiedsgutachter dagegen wird auf Grund einer Parteivereinbarung eingesetzt, wobei die Parteien selber als Wähler auftreten oder die Ernennung freiwillig einer Gerichtsbehörde überlassen.

III. Der Schiedsmann⁵

Die Abgrenzung der Funktionen des Schiedsmannes von denjenigen des Schiedsgutachters bereitet wenig Schwierigkeiten. Die Aufgabe des Schiedsmannes im Sinne der deutschen Schiedsmannordnungen besteht — abgesehen von seiner Zuständigkeit in gewissen Strafsachen — darin, vermögensrechtliche Streitigkeiten zu schlichten und sie wenn immer möglich in einem Sühnverfahren zu erledigen. So lautet § 2 der ersten Schiedsmannordnung:

„Der Beruf eines Schiedsmannes besteht darin: Partheien, welche sich freiwillig zur Schlichtung ihrer streitigen Rechte an ihn wenden, anzuhören, ihre gegenseitigen Ansprüche oder Einwendungen zu prüfen, die vorzulegenden schriftlichen Beweise nadzusehen, und sich zu bemühen, die Partheien über den Grund oder Ungrund ihrer Forderungen und Einwendungen zu belehren, und eine Vereinigung zwischen ihnen zu stiften, solche, wenn sie zu Stande kommt, schriftlich

³ Kahn, S. 11; Clasen, JRPV Bd. 4, S. 339.

⁴ z.B. Meckenstock, S. 13.

⁵ Berthold, die Schiedsmänner, Diss. Tübingen 1939, insbes. S. 49 ff.

abzufassen, wenn sie aber nicht gelingt, den Partheien die Ausführung ihrer Rechte vor dem Richter zu überlassen.“⁶

Es zeigt sich hier also die gleiche Tendenz wie beim Schiedsgutachterinstitut, nämlich die Parteien vor langwierigen Prozessen zu bewahren und damit gleichzeitig die Gerichtsinstanzen zu entlasten. Insoweit sehen sich Schiedsmann und Schiedsgutachter sehr ähnlich. Anders aber verhalten sich ihre Tätigkeiten. Der deutsche Schiedsmann ist gehalten, die Parteien zu einem Vergleich über die streitigen Angelegenheiten zu bringen. In vielen Fällen wird ihm das gelingen, wenn nicht, so hat er nicht etwa selbständig einen Entscheid zu fällen, sondern der Streitfall wird dem ordentlichen Richter zur Weiterbehandlung überwiesen.

Eine gewisse Aehnlichkeit mit dem bei uns gebräuchlichen Friedensrichter ist unverkennbar. Seine endgültige Entscheidungsmacht ist ebenfalls in sehr engen Schranken gehalten. In allen Fällen, wo seinem Vergleichsvorschlag im Sühneverfahren keine Beachtung geschenkt wird, hat sich das ordentliche Gericht damit zu befassen, ohne daß der Friedensrichter eine Entscheidung in der Sache selbst zu treffen hätte.

Gerade in diesem Punkt ist ein Hauptunterschied zum Schiedsgutachter zu erblicken. Vom Schiedsgutachter wird keine Vermittlungstätigkeit, sondern eben eine Entscheidung, ein für die Parteien verbindlicher Spruch, der meistens zu Ungunsten des einen Teiles ausfallen wird, erwartet.

Aehnlich wie unser Friedensrichter von den Stimmberechtigten der Gemeinde gewählt wird, empfängt auch der deutsche Schiedsmann sein Amt entweder durch Wahl oder dann durch Ernennung seitens der Gemeinde- oder Justizbehörde, je nach den Bestimmungen der einzelnen Distrikte. Schon daraus geht hervor, daß er nicht als Privatmann handelt wie der Schiedsgutachter. Darüber allerdings, ob der Schiedsmann als Beamter mit öffentlichrechtlichen Funktionen anzusprechen sei, war man sich lange Zeit nicht einig. Die Frage wird jedoch heute mehrheitlich in bejahendem Sinn beantwortet, was indirekt auch einer Entscheidung des Reichsgerichtes⁷ entnommen werden kann, wo ausdrücklich den Gemeinden die Haftung für Amtspflichtverletzungen der Schiedsmänner auferlegt wird.

Obschon der Schiedsmann von kommunalen Organen gewählt wird, ist er, was seine Amtsführung anbelangt, von diesen unabhängig. Er führt ein Justizamt und hat sich lediglich den dienstlichen Weisungen der vorgesetzten Justizbehörden zu unterziehen⁸.

Somit ist klaggestellt, daß sich der Schiedsmann auch in dieser Beziehung vom Schiedsgutachter wesentlich unterscheidet. Der Schiedsgut-

⁶ Abgedruckt bei Berthold S. 110 (Anhang).

⁷ RGZ Bd. 88, 52; ebenso Kahn, S. 10 und dortige Anmerkung.

⁸ Berthold a.a.O. S. 52.

achter ist in der Regel Privatmann und übt sein Amt gestützt auf eine Parteiabrede aus.

IV. Der Schiedsrichter.

Vor die weitaus schwierigste Aufgabe sieht man sich bei der Auseinanderhaltung von Schiedsgutachter (Arbitrator) und Schiedsrichter (Arbiter) gestellt. Daß die Unterschiede zwischen diesen beiden Institutionen nicht in die Augen springend sind, beweisen die zahlreichen Kontroversen in der Literatur und die verhältnismäßige Häufigkeit, mit der sich die Gerichte mit dieser Frage zu befassen haben. Wenn schon Anlaß zur Verwechslung vorhanden ist, deutet das darauf hin, daß gewisse Ähnlichkeiten, oft aber sehr täuschende, gegeben sein müssen.

Schiedsgutachter wie Schiedsrichter schöpfen ihre Entscheidungsmacht aus einem Vertrag. Ihre Tätigkeit entspringt allein dem übereinstimmenden Parteiwillen, der darauf gerichtet ist, einem Dritten, der vom ordentlichen Richter verschieden sein soll, die Beurteilung ihres Rechtsstreites, resp. einzelner Bestandteile zu überbinden. Da wie dort zeichnet sich die Tendenz ab, die ordentlichen Gerichte auszuschließen, weil aus irgend welchen Gründen das Vertrauen zu selbstgewählten „Richtern“ größer ist. Dabei wird vom Schiedsrichter so gut wie vom Schiedsgutachter ein sachgemäßes, unparteiisches, von objektiven Wahrnehmungen geleitetes Urteil erwartet.

Bereits bei dieser Tendenz zum Ausschluß des ordentlichen Richters zeigt sich aber auch die Verschiedenartigkeit der beiden Vertragstypen. Durch die Schiedsgerichtsvereinbarung wird die sachliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ausgeschlossen; ruft die eine Partei den staatlichen Richter trotzdem an, so kann die andere die Inkompetenzeinrede erheben. Der Schiedsgutachtervertrag schließt die Anrufung des staatlichen Richters nicht aus, auch nicht, wenn dem Vertrag — wie das früher oft geschah — die Klausel „unter Ausschluß des Rechtsweges“ angefügt wird. Die Klausel kann höchstens in der Art ausgelegt werden, daß der ordentliche Richter die der Beurteilung des Schiedsgutachters speziell überlassene Frage nicht zu überprüfen hat; in allen anderen Streiffragen aber steht der ordentliche Prozeßweg stets offen.

Mit dem Schiedsvertrag vereinbaren die Parteien, ihre streitigen Rechtsbeziehungen statt durch die staatlichen Gerichte durch ein Schiedsgericht beurteilen zu lassen. Der Schiedsrichter amtet demnach an Stelle des ordentlichen Richters und übernimmt dessen Funktionen, also vor allem die Subsumption des abgeklärten Rechtsverhältnisses unter die geltenden Rechtssätze. Der Schiedsrichter übt inhaltlich dieselbe Tätigkeit aus wie der Richter, d. h. sein Entscheid erstreckt sich über das ganze Rechtsverhältnis und die Rechtsfolgen. Geht es bei einem Rechts-

streit z. B. darum, daß die eine Partei eine Leistung fordert, welche ihr die andere verweigert, so darf sich der Richter, resp. der Schiedsrichter nicht mit der Feststellung der Höhe dieser Leistung begnügen, sondern er hat darüber hinaus zu entscheiden, ob eine Pflicht zur Leistung bestehe oder nicht. Anders der Schiedsgutachter. Seine Aufgabe kann in einem solchen Falle nur in der sachkundigen Feststellung des Umfanges der Leistung bestehen. Der Schiedsrichter urteilt also nach Prüfung aller erheblichen Voraussetzungen über die Leistungspflicht selber, wogegen dem Schiedsgutachter nur die Feststellung einzelner Voraussetzungen, auf Grund derer die Leistungspflicht zu bestimmen ist, vorbehalten bleibt.

Oefters kommt es vor, daß die Parteien einen Schiedsgutachtervertrag schließen wollen, den Dritten aber als Schiedsrichter bezeichnen. In einem solchen Fall ist es wichtig, die dem Dritten gegebenen Kompetenzen zu prüfen und festzustellen, was die Parteien von diesem erwarten. Ueberall dort, wo dem Dritten die erschöpfende Entscheidung über den ganzen Rechtsstreit zukommt, handelt es sich um einen Schiedsrichter. Ist aber dem Dritten nur die typische Feststellung von Tatsachen überlassen, so hat man es mit einem Schiedsgutachter zu tun. Sowohl das Reichsgericht als auch die schweizerischen Gerichte haben in konstanter Praxis diese Differenzierung als entscheidendes Merkmal in der Unterscheidung zwischen Schiedsrichter und Schiedsgutachter anerkannt⁹.

Auch in der Literatur findet diese Ansicht mehrheitlich Zustimmung¹⁰.

Einzelne Autoren, unter ihnen vor allem *Weismann*, lassen dieses Unterscheidungsmerkmal nicht gelten, indem sie anführen, daß auch ein Schiedsspruch über einzelne erhebliche Tatsachen ergehen könne. Ein Rechtsstreit könne auch der Streit über eine rechtlich relevante Tatsache sein¹¹. Diese Autoren übersehen aber dabei, daß der Schiedsrichter (wie der Richter) es nicht bei der bloßen Feststellung rechtlich relevanter Tatsachen bewenden lassen darf, sondern daß er die Rechtsfolgen daran zu knüpfen hat. Und dies kann wiederum nicht die Aufgabe des Schiedsgutachters sein.

Richtig ist, daß ein Schiedsspruch nur über einen Teil des Rechts-

⁹ RGZ Bd. 124, 33; 96, 57; 67, 71; 62, 353; 45, 350; 24, 411; 61, 201.

BGE 67 II 146. E. 2. 26 II 764 E. 2. 25 I Nr. 6; Praxis I 37; SVA VIII 222, IV 254.

BIZR. 23, 2. — 7, 4; etc.

BIZR. Bd. 5, Nr. 21: Die Entschädigung ist endgültig durch eine Kommission von Sachverständigen festzusetzen. „Man hat es nicht mit Schiedsrichtern (arbitri) im eigentlichen Sinne, sondern mit sogenannten Schiedsmännern (arbitratores) zu tun, die nicht einen .. Rechtsstreit als Ganzes zu beurteilen, sondern bloß einen der hierfür maßgebenden als Faktoren (die Unfallfolgen) festzustellen haben ...“

RGZ Bd. 96, 50: „Ein Schiedsrichtervertrag liegt nicht vor, denn der Bücherrevisor sollte keinen Rechtsstreit entscheiden, sondern lediglich die Elemente für die Entscheidung eines solchen tatsächlich feststellen ... Es handelt sich sonach um einen Schiedsgutachtervertrag.“

(Beide Beispiele zit. bei Thilo, JdT Nr. 8 vom 30. April 1945, S. 230).

¹⁰ Roelli-Jaeger, Art. 67 N. 25; Kahn a.a.O. S. 15; Wangner a.a.O. S. 27; Eckert a.a.O. S. 25; Clasen JRPV Bd. 4, S. 357; Fuld, in Asssek. Jahrbuch Bd. 33, S. 25 etc.

¹¹ Weismann, a.a.O. S. 283.

streites ergehen kann. Aber auch in diesem Fall wird der Schiedsrichter erst zum Entscheid kommen, wenn er alle Voraussetzungen (nicht nur einzelne Tatsachen) geprüft hat. Sein Entscheid wird zudem die rechtlichen Konsequenzen aussprechen¹².

Im weiteren ergeben sich in den Wirkungen des Spruches von Schiedsrichter und Schiedsgutachter wesentliche Unterschiede. Der Entscheid des Schiedsrichters ist der Rechtskraft und der Vollstreckung fähig¹³, was für das Schiedsgutachten nicht zutrifft. Der Spruch des Schiedsgutachters kann wegen offenkundiger Unbilligkeit oder Unrichtigkeit angefochten werden; eine Anfechtung des Schiedsspruches ist aus diesem Grunde nicht möglich. Das Urteil des Schiedsrichters ist endgültig, es kann höchstens mit außerordentlichen Rechtsmitteln angegriffen werden. Die Anfechtungsmöglichkeit ist beim Ausspruch des Schiedsgutachters schon aus weniger weitgehenden und schwerwiegenden Gründen gegeben¹⁴.

Als wichtiger Unterschied zwischen Schiedsrichter und Schiedsgutachter wird auch etwa betrachtet, daß der Schiedsrichter in der Regel die Parteien vor der Urteilsfällung zu hören habe, was für den Schiedsgutachter nicht erforderlich sei¹⁵. Dieser habe auch keine Zeugen einzunehmen. Die Auffassung ist aber nicht durchwegs haltbar. Sicher ist, daß der Schiedsgutachter nach Möglichkeit selbständig, gestützt auf seine eigene Sachkunde, entscheiden soll. In vielen Fällen wird das auch möglich sein. Dort aber, wo es um die Feststellung des Kausalzusammenhangs zwischen Unfall und Schaden geht — Streitigkeiten über solche Fragen sind in der Unfallversicherung relativ häufig —, wird der Schiedsgutachter nicht um die Einvernahme von „Zeugen“^{15a} und das Anhören der Parteien herum kommen. Es ist auch ganz allgemein nicht einzusehen, warum er sich in bestimmten Fragen, die er nicht allein zu beurteilen wagt, nicht an Dritte wenden soll. Wesentlich ist den Parteien doch nur, daß ein objektiv richtiger und nach bestem Wissen und Gewissen gefällter Spruch abgegeben wird.

Aus den bisherigen Ausführungen, die einigermaßen klare Unterscheidungsmerkmale zu Tage gefördert haben, kann nun leicht gefolgert

¹² vgl. RGZ Bd. 62, 353.

¹³ Sträuli-Hauser, Gesetz betr. den Zivilprozeß, 2. Aufl. 1937, S. 534.

¹⁴ BIZR Bd. 6 (1887) S. 294:

„Während . . . der Entscheid des eigentlichen Schiedsrichters, welcher einen wirklichen Rechtsstreit entscheidet (arbitrer), einem rechtskräftigen Urteil gleich steht und mit dem gegen ein solches zulässigen Rechtsmitteln angefochten werden kann, kommt dem Entscheid eines Dritten, welcher nur beauftragt wird, irgend eine für einen Rechtsstreit erhebliche Tatsache festzustellen (z.B. einen entstandenen Schaden oder einzelne Faktoren desselben) und dadurch erst eine taugliche Grundlage für den Rechtsstreit und ein allfälliges gerichtliches Verfahren zu schaffen (arbitrator), solche Wirkungen niemals zu. Wenn er die Grenzen seines Auftrages überschreitet, ja sogar, wenn in seinem Entscheid nur eine offenkundige Unbilligkeit liegt, eine manifesta iniquitas oder improbitas, so ist der Richter, welcher nachher im Rechtsstreite selber angerufen wird, berechtigt, den Entscheid abzuändern . . .“ (zit. bei Thilo, a.a.O. S. 229).

¹⁵ Weismann, a.a.O. S. 287 u. 303.

^{15a} Vgl. § 11 II Ziff. 1 Abs. 4.

werden, daß die Vorschriften über die Schiedsgerichte, so wie sie in den Zivilprozeßordnungen festgelegt sind, auf das Schiedsgutachter-Institut grundsätzlich keine Anwendung finden. Es wird dies auch von der Lehre durchwegs bestätigt¹⁶. Dagegen scheint der Anwendung gewisser prozeßrechtlicher Grundsätze auf die Schiedsgutachter nichts im Wege zu stehen. So gilt für die Ernennung der Schiedsrichter, daß keiner Partei ein Vorecht eingeräumt werden dürfe. Das gleiche muß für die Bestellung der Schiedsgutachter vorausgesetzt werden, denn von beiden verlangt man ein objektives, unparteiisches Urteil. Würde aber einer Partei gestattet, eine Mehrzahl der Schiedsgutachter zu bestimmen, so wäre die Wahrscheinlichkeit eines unparteiischen Entscheidens sehr klein. Entweder einigen sich die Parteien auf denselben Dritten, oder jede wählt ihrer gleich viele.

Die Frage ist praktisch geworden in Fällen, die das Bundesgericht zu entscheiden hatte¹⁷. In einem Unfallversicherungsvertrag hat sich der Versicherer ausbedungen, einen Schiedsgutachter und den Obmann zu bestimmen. Dem Versicherungsnehmer blieb die Bestellung des zweiten Schiedsgutachters vorbehalten. Das Bundesgericht hat diese Vertragsklausel mit Recht als ungültig erklärt, gestützt auf Art. 17 des alten OR (Nichtigkeit eines Vertrages wegen Widerrechtlichkeit oder Verstoß gegen die guten Sitten).

In die gleiche Richtung weist ein Entscheid des Reichsgerichtes¹⁸, wo der Standpunkt vertreten wird, daß es nicht statthaft sei, dem Organ eines Vereins die Befugnis einzuräumen, über Streitpunkte zwischen Mitgliedern und dem Verein endgültig zu entscheiden. Auch hier dürfte kaum mit einem objektiven Urteil des an Gesamtvereinsinteressen gebundenen Organes gerechnet werden.

Unbedenklich läßt sich auch der Grundsatz, daß nur mündige Personen, die die bürgerlichen Ehren und Rechte besitzen, mit dem Schiedsrichteramt betraut werden dürfen, auf den Schiedsgutachter ausdehnen. Dagegen scheint eine Uebernahme der Vorschriften über Unfähigkeit und Ablehnung der Schiedsrichter (im Kt. Zürich gelten die gleichen Vorschriften wie für den Richter) schon fraglicher, da mancherorts die Ablehnbarkeit von Schiedsgutachtern prinzipiell verneint wird.

V. Unerheblichkeit der verwendeten Ausdrücke

Die vorangegangenen Abgrenzungen haben gezeigt, daß das Schiedsgutachterinstitut Ähnlichkeit mit anderen Einrichtungen aufweist. Wenn

¹⁶ Roelli-Jaeger, a.a.O.; Sträuli-Hauser, S. 532 Ia; Bruck, S. 445; Ritter, S. 903 Anm. 7; Raier, Kommentar der Allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen, S. 341 Anm. 4 und Rechtsprechung.

Das tschechoslowakische Recht läßt die Regeln des schiedsgerichtlichen Verfahrens auch für das Schiedsgutachterverfahren gelten, vgl. RGZ Bd. 162, 269.

¹⁷ BGE 26 II 764 E. 3; 31 II 688; SVA VIII 220.

¹⁸ RGZ Bd. 37, 427; aber BIZR 16, 123.

schon die juristische Fachwelt in der Beurteilung der wesentlichen Unterschiede zwischen diesen Institutionen nicht zu einem einheitlichen Resultat, zu einer klaren Formulierung gelangt, wie soll dies dann den streitenden Laien möglich sein? Am häufigsten tritt die Verwechslung von Schiedsgutachter und Schiedsrichter auf und zwar vor allem in der Weise, daß die Parteien zur Abklärung gewisser Streitfragen einen Schiedsgutachter einsetzen wollen, im Vertrag aber den Ausdruck Schiedsrichter gebrauchen. Es stellt sich nun die Frage, ob die falsche Bezeichnung den betreffenden Vertragspassus zu nichte macht oder nicht. Man wird auf den Parteiwillen abzustellen haben. Meinen beide Teile einen Schiedsgutachter, sagen aber Schiedsrichter, so ist ihr Wille maßgebend: will die eine Partei dagegen einen eigentlichen Schiedsrichter verstanden haben, so herrscht Dissens, und der Vertrag ist nicht zustande gekommen.

Der häufigste Fall wird jedoch der erstere sein, d. h. die Parteien sind sich über den Rechtscharakter des Dritten klar, sie haben sich nur falsch geäußert. Um festzustellen, was die Parteien vereinbaren wollten, muß auf die dem Dritten übertragenen Funktionen abgestellt werden. Aus der dem Dritten im konkreten Fall gestellten Aufgabe kann auf die Art der vereinbarten Institution geschlossen werden. Nie können einem Spruch des Schiedsgutachters, auch wenn dieser als Schiedsrichter bezeichnet wurde, die Wirkungen eines Schiedsspruches zugesprochen werden. Solange für das Institut des Schiedsgutachters keine einheitliche Bezeichnung existiert, die jede Verwechslungsgefahr ausschließt, soll der verwendete Ausdruck allein nicht erheblich sein¹⁹.

Wünschenswert wäre es allerdings, daß besonders Schiedsgutachter und Schiedsrichter in ihrer Bezeichnung klar auseinander gehalten würden, da dadurch viele Unannehmlichkeiten vermieden werden könnten.

In den Versicherungsverträgen wird dem als Schiedsgutachter amten den Dritten stets die Bezeichnung „Sachverständiger“ zugelegt. Obschon hier eine Verwechslung mit dem Prozeßsachverständigen sehr unwahrscheinlich ist, dürfte doch für dieses Hauptanwendungsgebiet eine saubere Auseinanderhaltung der Begriffe gefordert werden.

Die schweizerische Rechtsprechung verwendet die Ausdrücke Schiedsgutachter und Schiedsmann als gleichbedeutend. Natürlich besteht im schweizerischen Rechtsleben keine Verwechslungsmöglichkeit, da unser Recht den Schiedsmann als Beamten nicht kennt. Aber auch hier wäre eine einheitliche Bezeichnung für ein und dasselbe Institut angebracht, wobei dem Ausdruck Schiedsgutachter der Vorrang zu geben ist, da in ihm das Wesen dieses Dritten am deutlichsten zum Ausdruck kommt: Eine für die Parteien verbindliche, sachverständige Begutachtung.

¹⁹ Fuld, in Assek. Jahrb. 33; Eckert S. 14/15; Rau in ZVW 1905, S. 275 II, etc.
Vgl. auch OR 18.

II. Abschnitt:

Die Rechtsnatur des Schiedsgutachtervertrages

§ 5. Die materiellrechtlichen Theorien

Wohl kein anderes Problem in bezug auf die Einrichtung des Schiedsgutachters hat derart gegensätzliche Auffassungen heraufbeschworen, wie die Frage nach der Rechtsnatur der Schiedsgutachtersklausel. Wenn die herrschende Ansicht den Schiedsgutachtervertrag als materiellrechtliches Rechtsgeschäft sehen will, — wobei u. E. von falschen Voraussetzungen ausgegangen wird —, so sind unter den Vertretern dieser Theorie selber wieder recht verschiedene Auffassungen über den speziellen Charakter der Schiedsgutachtersklausel laut geworden, wie im folgenden zu zeigen sein wird.

I. Die Schiedsgutachtersklausel als Vergleich

Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch regelt in § 779 den privatrechtlichen Vergleich¹. Voraussetzung zum Abschluß des Vergleichs ist das Bestehen eines Vertrages, aus dem sich ein Rechtsstreit ergeben hat. Durch den Vergleich nun soll dieser Streit auf vertraglicher Basis erledigt werden. Die Ungewißheit über das Rechtsverhältnis soll durch beidseitiges Entgegenkommen beseitigt werden. Kein Teil beharrt fest auf seinem Recht, sondern beide lassen an ihren Ansprüchen etwas ab, um so in der Mitte zusammenzukommen. Ob die durch den Vergleich neu festgelegte Rechtslage objektiv richtig ist, spielt dabei keine Rolle.

Vereinzelt ist nun der Standpunkt vertreten worden, daß die Vereinbarung über ein Schiedsgutachten im Grunde nichts anderes als ein Vergleich sei, allerdings kein reiner, sondern ein Vergleich mit bedingtem Inhalt. Wenn also die Parteien einen Schiedsgutachtervertrag schließen, so erklären sie hiermit, „daß an Stelle des seitherigen materiellen Verhältnisses ein anderes bedingtes materielles Verhältnis treten, daß fürder

¹ BGB 779: „Ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird (Vergleich), . . .

Der Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis steht es gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruchs unsicher ist.“

an Stelle des subjektiv unbestimmten ein objektiv bedingtes Verhältnis bestehen solle“².

Oertmann³ vermag im Schiedsgutachtervertrag keinen Vergleich zu sehen und hält deshalb dieser Auffassung entgegen, daß mit der Schiedsgutachterklausel noch kein festes inhaltliches Ergebnis vereinbart sei, sondern der Inhalt werde erst durch die Tätigkeit des Schiedsgutachters gewonnen. Also müßte der ganze „Vergleich“ dahinfallen, wenn kein Schiedsgutachterspruch erginge. Durch ihn werden auch nicht nur Ungewißheiten, sondern hauptsächlich objektive Unvollständigkeiten beseitigt. Hier zeigt sich wieder deutlich die Auffassung vom Schiedsgutachter als Drittem nach BGB 317 ff., der einen unvollständigen Vertragsinhalt zu ergänzen hat. Endlich, sagt Oertmann weiter, gebe bei der Schiedsgutachtervereinbarung nicht jede Partei von ihren Ansprüchen etwas auf, sondern es hange ganz vom Spruch des Arbitrators ab, ob der eine oder andere Teil mit seinen Behauptungen und Forderungen restlos durchdringe.

Gerade in der letzten Bemerkung scheint uns das typische Unterscheidungsmerkmal zu liegen. Wie bei der Gegenüberstellung von Schiedsgutachter und Schiedsmann als Beamter schon erwähnt wurde, geht es beim Schiedsgutachtervertrag nicht darum, einen Dritten zu finden, der unter den Parteien vermitteln soll, sondern einen Dritten, der nach objektiven Grundsätzen unabhängig von den Ansprüchen der Parteien die von ihm geforderte Entscheidung trifft. Der Spruch stellt nicht auf das gegenseitige Nachgeben der Parteien ab.

Das Zürcherische Gesamtobergericht hat im Jahre 1921 bei der Behandlung der Frage „Schiedsgericht — Schiedsgutachter“ in Verkennung der schiedsgutachtlichen Tätigkeit erklärt, daß letztere den Parteien in einer Art Vorbereitungsverfahren einen Vergleichsvorschlag unterbreiten (BIZR. Bd. 20, 192). Das Bundesgericht ist allerdings nicht gleicher Auffassung. Drei Jahre später spricht es nämlich aus, das Schadenermittlungsverfahren (durch Schiedsgutachter) bestehe darin, daß es — anders als beim Vergleichsverfahren — bei den gewonnenen Ergebnissen auch dann bleibe, wenn über andere Fragen (als die des Schadens) keine Einigung erzielt worden sei (SVA V 274 b). Damit wird dargetan, daß der Vergleich das ganze Rechtsverhältnis erfaßt, das Schiedsgutachten aber nur einzelne tatsächliche Voraussetzungen^{3a}.

Wie ist die Lage zu beurteilen, wenn die Parteien in einem bereits hängigen Prozeß eine Schiedsgutachtervereinbarung treffen? In diesem Fall ist die Schiedsgutachterklausel auch nicht mit dem Prozeßvergleich,

² Kohler, Prozeßrechtliche Verträge, in Gruchots Beiträge zum deutschen Recht, Jg. 1887 S. 305.

³ Schiedspruch und staatliches Recht, in ZZP Bd. 47 S. 133.

^{3a} Wenn auch der Schiedsgutachtervertrag selbst keinen Vergleich darstellt, so besteht doch die Möglichkeit, in einem Vergleich einen Schiedsgutachtervertrag abzuschließen.

der die gänzliche oder teilweise Abschreibung des Prozesses bezweckt, identisch, denn auch hier wird mit dem Vergleich ein gegenseitiges Nachgeben angestrebt. Außerdem äußert ein Prozeßvergleich Wirkungen wie Rechtskraft und Vollstreckbarkeit, die dem Schiedsgutachten nicht innewohnen.

Zusammengefaßt ergibt sich folgendes Bild:

Beim Vergleich wird der Streit über das Rechtsverhältnis auf dem Wege gegenseitigen Nachgebens erledigt, indem die Kontrahenten ihre neue Rechtsposition durch Willensäußerung unmittelbar festlegen. Beim Schiedsgutachtervertrag wird der Streit dadurch beseitigt, daß der Entscheid des nach objektiven Grundsätzen urteilenden Dritten über die streitigen Tatsachen von den Parteien als verbindlich anerkannt wird⁴.

II. Die Schiedsgutachterklausel als Schuldanerkenntnis

Mit ähnlichen Argumenten wie beim Vergleich läßt sich der Anerkennungsvertrag nach BGB 780 ff. von der Schiedsgutachterklausel abgrenzen⁵. Mit dem Anerkenntnis gibt die eine Partei gegenüber der andern die Erklärung ab, das bestehende Schuldverhältnis anzuerkennen. Dieses wird vom bisherigen Verpflichtungsgrund abgelöst: sein Inhalt nunmehr durch das Anerkenntnis bestimmt⁶.

Diese einseitige Verpflichtung widerspricht dem Wesen des Schiedsgutachtens, das beide Teile in gleichem Maße bindet. Wie der Vergleich ist das Anerkenntnis auf das ganze Rechtsverhältnis gerichtet, während mit der Unterwerfung unter ein Schiedsgutachten nur das Bestehen bestimmter Tatsachen anerkannt wird. Die objektive Richtigkeit, die für das Schiedsgutachten wesentlich ist, spielt beim Anerkenntnis ebenfalls keine Rolle.

In der Schiedsgutachtervereinbarung ist also kein Anerkenntnis zu erblicken. *Buchdahl*⁷ glaubt jedoch anders entscheiden zu müssen, wenn nach Abschluß der Klausel die verpflichtete Partei, z. B. der Versicherte, die Schiedsgutachterstelle ersuche, das Gutachten zu erstatten. Damit bringe dieser zum Ausdruck, daß er alle übrigen Voraussetzungen der Forderung anerkenne, mithin auch den Anspruch in der Form, wie ihn die Schiedsgutachterstelle festsetzen werde. Hier liege also wirklich ein bedingtes Anerkenntnis vor. Auch *Ehrenzweig*⁸ glaubt (für das österrei-

⁴ Vgl. auch Wagner, S. 61.

⁵ BGB 781: „Zur Gültigkeit eines Vertrages, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird (Schuldanerkenntnis) . . .“.

⁶ Staudinger, Komm. zum BGB, Bd. II, § 781 I 1.

⁷ a.a.O. S. 15/16. Vgl. auch Weismann, S. 314.

⁸ Versicherungsvertragsrecht, Wien/Leipzig 1935, Bd. I, S. 352 ff. B b 4.

dische Recht) annehmen zu müssen, daß die Einberufung der Schiedsgutachter durch den Versicherer einer stillschweigenden Anerkennung des Versicherungsanspruches dem Grunde nach gleich komme.

Dieser Auffassung kann entgegen gehalten werden, daß der Versicherer dadurch, daß er bei der Feststellung des Schadens mitwirkt, der Einreden, die ihm gegen die Entschädigungsforderung des Anspruchsberechtigten zustehen, nicht verlustig geht. M. a. W. der Eintritt des Versicherers in die Schadensermittlung, was in dem durch Buchdahl erwähnten Fall mit der Anrufung der Schiedsgutachterstelle geschieht, bedeutet in der Regel noch nicht die Anerkennung des Entschädigungsanspruches dem Grunde nach⁹. Ein Vertreter dieser Ansicht geht noch weiter und behauptet, daß es sich noch immer nicht um eine Anerkenntnis der Haftung dem Grunde nach handle, wenn der Versicherer der Vereinbarung beitrete, wonach durch Schiedsgutachter die Höhe des Schadens endgültig entschieden werden soll, selbst dann nicht, wenn der Versicherer die festgesetzte Höhe als richtig anerkenne¹⁰. Wenn auch diese Auffassung überspitzt erscheinen mag, ist die Möglichkeit doch als denkbar zuzugeben, daß die Versicherungsgesellschaft die Höhe des geschätzten Schadens als richtig betrachtet, den Schadensfall aber nicht als versichertes Ereignis anerkennt.

Das Problem soll an dieser Stelle nicht weiter verfolgt werden. Nur noch eines ist beizufügen, daß in der Einberufung der Schiedsgutachterstelle eine Anerkennung der Leistungspflicht als solcher enthalten sein kann, aber nicht muß. Trotzdem darf der Rückschluß, die Schiedsgutachterklausel als Anerkenntnis zu deuten, nicht erlaubt sein.

III. Das Schiedsgutachten als Anspruchsbedingung

Zu den zwei dargestellten Theorien, die den Schiedsgutachtervertrag entweder als Vergleich oder als Anerkenntnis konstruieren, gesellt sich eine dritte. Diese weitere, verbreitetste Auffassung will in der Vereinbarung eines Schiedsgutachtens eine Bedingung für den Anspruch aus dem Rechtsverhältnis sehen. Zur Begründung wird angeführt, daß solange das Schiedsgutachten nicht ergangen, die der Entscheidung vorbehaltene Voraussetzung für die Leistungspflicht (z. B.) des Versicherers noch nicht verwirklicht sei. Bis zur Vornahme der schiedsgutachtlichen Schadensfeststellung könne eine Verbindlichkeit des Versicherers nicht bestehen¹¹. Es wird dabei wieder von der (von uns früher schon abge-

⁹ SVA V 274 a, schweiz. VVG 67 III. Prölss, S. 163 ff. Anm. 3; Bruck, S. 447; „D“, in JRPV Jg. 1929, S. 363.

¹⁰ Gottschalk, in JW 1929, S. 2059.

¹¹ Kisch, Die rechtliche Bedeutung des Schiedsgutachtens, in RheinZ. Bd. 9, S. 15/14.

lehnten) Ansicht ausgegangen, daß vor der Abgabe des Schiedsgutachtens der Tatbestand, von dem die Leistungspflicht abhänge, noch nicht vollständig sei. Es fehle an einem Tatbestandsstück, eben an der schiedsgutachtlichen Entscheidung¹². Nach dieser Darlegung wird für die Entstehung der Leistungspflicht neben den materiellen Erfordernissen, die sich aus dem Vertrag ergeben (z. B. Eintritt des Versicherungsfalles), noch ein weiteres, nämlich das Vorliegen des Schiedsgutachtens, verlangt.

Aus dieser These läßt sich folgern: Solange der Spruch des Schiedsgutachters nicht ergangen ist, ist der Entschädigungsanspruch des Versicherten nicht fällig. Die Fälligkeit der Versicherungsleistung wird damit bis zur Erstattung des Gutachtens hinausgeschoben. Aus diesem Grunde müßte eine Klage auf Leistung vor dem Vorliegen des Gutachtens als verfrüht abgewiesen werden.

Die Theorie hat eine große Zahl von Anhängern gefunden¹³. Ebenso befürwortet das Reichsgericht die Hinausschiebung der Fälligkeit bis zur Bestimmung der Entschädigungshöhe durch „Sachverständige“, da VVG 11 nur die Hinausschiebung der Fälligkeit des Versicherungsanspruches durch Anerkenntnis, Vergleich oder rechtskräftiges Urteil verbiete¹⁴. Damit lehnt es zugleich indirekt die Konstruktion der Schiedsgutachterklausel als Vergleich oder Anerkenntnis ab.

In Anlehnung an die deutsche Theorie und gestützt auf Art. 41 VVG hat auch das Bundesgericht in einem Urteil entschieden, daß die Fälligkeit des Entschädigungsanspruches erst nach dem Schätzungsverfahren eintrete¹⁵.

Als Konsequenz dieser These ergibt sich, daß der Versicherer bei Unterlassung der Zahlung nicht in Schuldnerverzug mit all seinen Folgen gerät. Ein Gericht wird ihn nicht zur Leistung verurteilen können, sondern es muß die Klage mangels einer materiellen Voraussetzung der Leistungspflicht abweisen. Umgekehrt ist vor Erstattung des Gutachtens ein Gläubigerverzug nicht gegeben, d. h. der Versicherte muß die angebotene Leistung nicht annehmen, wenn er z. B. mit ihrer Höhe nicht einverstanden ist¹⁶.

Dieser Auffassung und ihren Konsequenzen kann nicht beigetreten

¹² Weismann, S. 311.

¹³ Rau, Die Schiedsgerichtsklausel in Versicherungsverträgen, in ZVW Bd. 5, S. 285; Ritter, S. 921; Prölss, S. 163 ff. Anm. 3; Clasen, in JRPV Bd. 5, S. 53; Fuld, S. 34; Josef, in Assek. Jahrb. Bd. 39/40 I S. 64 ff.; Eckert, S. 18.

¹⁴ RGZ Bd. 155, 52.

¹⁵ BGE 46 II 82; Roelli-Jaeger, zu VVG 41, Anm. 3; vgl. dagegen BlZR Bd. 23, 2; SVA VI 261. — Es beruft sich weiter auf den Kommentar Roelli-Jaeger zu VVG 41, der da besagt: „Wo kraft Gesetz (VVG 67) oder auf Grund vertraglicher Vereinbarung ein Schadensermittlungsverfahren — durch die Parteien selbst oder durch Sachverständige — vorgesehen ist, gehört der dergestalt festgesetzte Schaden zu den anspruchsbegründenden Tatsachen.“

¹⁶ Kisch, S. 14 ff.

werden. Es sind daher im Folgenden die Gründe anzuführen, die zu einer anderen Stellungnahme zwingen¹⁷.

In der Schiedsgutachtervereinbarung wird eine (aufschiebende) Bedingung gesehen. Bedingt ist ein Rechtsgeschäft dann, wenn seine Wirksamkeit vom Eintritt eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses abhängt. In unserem Fall ist das Schiedsgutachten dieses ungewisse Ereignis. Es soll z. B. über die Höhe des entstandenen Schadens Auskunft geben. Ist diese Schadenshöhe aber im Rechtssinne etwas Ungewisses? Die Ungewißheit muß eine objektive, absolute sein¹⁸. Beim Eintritt des Schadensereignisses ist der Umfang des Schadens nur für die Parteien subjektiv ungewiß, nicht aber für den Sachverständigen. Also kann von einer objektiven Ungewißheit und damit von einer echten Bedingung nicht gesprochen werden.

Die aufschiebende Wirkung einer Bedingung liegt darin, daß die Wirksamkeit des bedingten Vertrages erst mit dem Eintritt der Bedingung beginnt. Wird nun der Schiedsgutachterklausel diese aufschiebende Wirkung zugelegt, so würde beim Ausbleiben des Gutachtens überhaupt kein Anspruch entstehen. Das aber kann niemals der Sinn der Schiedsgutachterklausel und die Absicht der Parteien sein, die sie vereinbart haben. Der Anspruch entsteht nicht erst mit dem Spruch des Schiedsgutachters — denn die schiedsgutachtliche Entscheidung schafft den Anspruch nicht erst, sondern stellt ihn, resp. seine Voraussetzungen nur fest; der Zeitpunkt der Entstehung richtet sich nach dem Grundvertrag¹⁹.

Vor der Erfüllung der Bedingung, d. h. solange das Ergebnis des Schiedsgutachters nicht vorliegt, soll eine Klage auf Leistung nicht gegeben sein. Da nun aber klargestellt wurde, daß die Schiedsgutachterklausel keine echte Bedingung ist, also auch nicht deren aufschiebende Wirkung zeitigt, kann eine solche klageausschließende Vereinbarung nicht erlaubt sein. Denn die Entscheidung über einen privatrechtlichen Anspruch, wie das der Entschädigungsanspruch aus einem Versicherungsvertrag darstellt, kann dem ordentlichen Richter nicht entzogen werden. Ein privatrechtlicher Anspruch kann immer vor Gericht geltend gemacht werden, es sei denn, daß die Beurteilung einem vereinbarten Schiedsgericht zustehe²⁰. Selbst wenn man an der Bedingungstheorie festhalten wollte, müßte zumindest die Leistungsklage für den Fall gestattet sein, wo eine Partei dadurch, daß sie der Pflicht zur Ernennung eines Schiedsgutachters nicht nachkommt, den Eintritt der Bedingung verhindert. Denn die Bedingung gilt in einem solchen Falle von Gesetzes wegen als erfüllt (OR 156).

Weniger klar liegen die Dinge bei der Hinausschiebung der Fälligkeit

¹⁷ Vgl. dazu auch Kahn, S. 20.

¹⁸ Kommentare zu OR 151 ff.

¹⁹ Vgl. auch Salinger, S. 145 ff.

²⁰ Tasche, in Leipz.Z. 1911, S. 267 ff.

bis zum Vorliegen des Schiedsgutachtens. Nach Art. 41 des schweizerischen VVG tritt die Fälligkeit erst nach Ablauf der dem Versicherer gegebenen Deliberationsfrist von vier Wochen ein. Diese wiederum beginnt erst vom Moment an zu laufen, in dem der Versicherer Angaben erhalten hat, aus denen er sich von der Richtigkeit des Anspruches überzeugen kann. Man kann sich nun fragen, ob er diese Gewißheit erst beim Vorliegen des Schiedsgutachtens erlangt. In dem Falle, wo die Schiedsgutachter über die Kausalität zwischen Schadenereignis und dem Schaden zu befinden haben, muß die Frage gewiß bejaht werden. In all den viel häufigeren Fällen aber, wo das Schiedsgutachterverfahren nur die Höhe des Schadens hervorzubringen hat, kann sich der Versicherer schon vor Erstattung des Gutachtens von seiner Leistungspflicht überzeugen, z. B. wenn feststeht, daß der Schadensfall ein versichertes Ereignis darstellt. Es ist nicht einzusehen, warum hier die Sachlage durch Verschiebung des Fälligkeitszeitpunktes kompliziert werden soll.

Daß es sich um eine Komplizierung handelt, kann an einem Beispiel erläutert werden. Der Versicherer anerkennt einen Teil der geforderten Entschädigung. Konsequenterweise muß nun dieser zugestandene Teil in dem vom Gesetz oder Vertrag vorgesehenen Zeitpunkt fällig werden, auch wenn das Schiedsgutachterverfahren noch nicht stattgefunden hat. Die Restsumme wäre aber erst nach der Feststellung durch die Schiedsgutachter fällig. Oder wie bei *Roelli-Jaeger*²¹ gesagt wird, es hänge von den Umständen des Falles ab, ob die Anspruchsbegründung auch für den streitigen Restbetrag ausreiche. Mit einer Verschiebung des Fälligkeitszeitpunktes wird also eine Unsicherheit geschaffen, die mit nichts zu rechtfertigen ist.

Abgesehen von diesen Einwänden darf angenommen werden, daß vom Moment an, wo der Versicherer sich von seiner Leistungspflicht überzeugen kann, bis zum Ablauf der Deliberationsfrist für das Schiedsgutachterverfahren genügend Zeit bleibt, sodaß schon aus diesem praktischen Grunde eine Hinausschiebung der Fälligkeit nicht erforderlich wird.

IV. Die Schiedsgutachterklausel als materiellrechtlicher Vertrag

Die herrschende Meinung²², daß die Schiedsgutachterklausel allein dem materiellen Recht zu unterstellen sei und nur materielle Auswirkungen habe, stützt sich immer wieder auf die Feststellung, daß die Tä-

²¹ Komm. zu VVG 41, N. 3. Vgl. auch BGE 46 II 82 und RGZ Bd. 155, 54. Vgl. bei Anm. 15.

²² Neben den unter Anm. 11—15 Angeführten: Wangner, S. 64/65; Arens, Arbitri und Arbitratoren, Diss. Gießen 1911, S. 51; Eckert a.a.O.; Bongartz, die §§ 517 bis 519 BGB in ihrer Bedeutung für den Schiedsgutachtervertrag, Diss. Erlangen 1935; RGZ Bd. 96, 59; 24, 357, etc. Oertmann, a.a.O. S. 132.

tigkeit des Schiedsgutachters eine vertragsgestaltende sei. Der Spruch wirke direkt auf das materielle Rechtsverhältnis ein, da er den unvollständigen Vertragsinhalt ergänze. Wenn die deutsche Lehre und Rechtsprechung mehrheitlich diesen Standpunkt vertritt, so ist das einigermaßen verständlich, denn für sie sind die Bestimmungen in BGB 317 ff. die ursprüngliche Grundlage für das ganze Schiedsgutachterwesen. Vor dem Inkrafttreten des neuen VVG und des AGG haben sich die Probleme für das deutsche Recht nur von der privatrechtlichen Seite her gestellt.

Daß sich aber auch die schweizerische Praxis auf den gleichen Boden stellt, verwundert schon eher, da unser Schiedsgutachterwesen nicht von denselben Voraussetzungen her abgeleitet werden darf. Die Begründungen, welche die Entscheidungen unserer Gerichte stützen, lassen oft deutlich erkennen, daß sie den deutschen Vorbildern gefolgt sind²³.

§ 6. Prozeßrechtliche Verträge

I. Allgemeines

Um für die nachfolgenden Ausführungen über die Schiedsgutachterklausel als Beweisvertrag eine genügende theoretische Grundlage zu haben, ist es unerläßlich, einige grundsätzliche Bemerkungen über prozessuale Rechtsgeschäfte, insbesondere über Beweisverträge zu machen.

1. Daß es neben den privatrechtlichen Rechtsgeschäften auch solche auf dem Gebiet des Prozeßrechtes gibt, wird ziemlich allgemein erkannt. Dagegen herrscht bereits über die Begriffe Uneinigkeit. Man spricht von Prozeßrechtsgeschäften, prozessualen Rechtsgeschäften, von Verträgen im Prozeßrecht, Verträgen mit prozeßrechtlicher Wirkung usw., wobei den Begriffen recht verschiedene Bedeutungen zugemessen werden. Namentlich wird oft auf den Unterschied zwischen Rechtsgeschäften im Prozeß, deren Gültigkeit und Wirksamkeit sich nach den Vorschriften des Prozeßrechtes bestimmen, und außerprozessualen Verträgen, die in der Entstehung nach Privatrecht zu beurteilen sind, ihre Wirksamkeit aber auf dem Gebiete des Prozesses haben, großes Gewicht gelegt¹. In neuerer Zeit hat sich aber z. B. *Knecht*² von dieser Auffassung losgesagt, indem er betont,

²³ BGE 67 II 146 E. 2, 26 II 764 E. 2; SVA VIII 220, IV 140 b, etc.

¹ Bunsen, Prozeßrechtsgeschäfte, in ZZP Bd. 35, S. 402; ähnlich Kohler, a.a.O. S. 278.

² Knecht, Die Beweisverträge im Zivilprozeß, Diss. Freiburg i.Br. 1937 S. 15 ff., S. 21. Der in dieser Arbeit angewandte Begriff „prozessuale Rechtsgeschäfte“ hat ausschließlich den Sinn von prozeßrechtlichen Verträgen. Davon zu trennen sind die eigentlichen Prozeßhandlungen.

daß es keinen Unterschied mache, ob die prozessualen Rechtsgeschäfte im Prozeß oder außerhalb des Prozesses vorgenommen werden. Das leuchtet ein, wenn er den prozessualen Rechtsgeschäften die Bedeutung von Willenserklärungen der Parteien gibt, „durch die ein prozeßrechtlicher Erfolg unmittelbar hervorgebracht wird, der deswegen eintritt, weil das Prozeßrecht ihn billigt.“ Unter prozessualen Rechtsgeschäften sind also solche Rechtsgeschäfte zu verstehen, die infolge Billigung durch das Gesetz kraft des Parteiwillens prozeßrechtliche Folgen unmittelbar herbeiführen.

2. Zu großen Kontroversen hat die Frage geführt, inwiefern der Parteidisposition im Prozeß freie Hand gelassen und wie stark die zwingende Natur des Prozeßrechtes sei. Das Prozeßrecht gehört dem öffentlichen Recht an, wie dieses ist auch jenes zur Hauptsache zwingender Natur. Zur Hauptsache, denn nicht alle prozeßrechtlichen Vorschriften weisen denselben absolut zwingenden Charakter auf. Ueber welche Bestimmungen die Parteien frei disponieren dürfen, ist in vielen Fällen eine Auslegungsfrage. Keinesfalls aber darf den Prozeßführenden eine beliebige Einwirkung auf den Prozeß anheimgestellt werden. Was der Dispositionsfreiheit der Parteien überlassen sein soll, muß sich aus dem Prozeßrecht selber ergeben; stets aber soll es die Ausnahme bilden. Ob man mit *Bunsen*³ so weit gehen will und sagen darf, nicht alles, was das Prozeßrecht in dieser Richtung nicht verbiete, sei erlaubt, sondern nur das, was es gestatte, ist sehr fraglich. *Bunsen* differenziert diese Ansicht auch gleich selber, indem er betont, daß es gleichgültig sei, ob das Prozeßgesetz diesen Einfluß (der Parteien auf das Prozeßgeschehen) ausdrücklich anerkenne, oder ob das aus den gesetzlichen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zu folgern sei.

In Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung kann zusammenfassend wiederholt werden: Im allgemeinen hat das Prozeßrecht als Teil des öffentlichen Rechtes zwingenden Charakter. Inwieweit diese zwingende Natur durch Parteivereinbarung gebrochen werden kann, muß sich aus den allgemeinen Grundsätzen des Prozeßrechtes selber ergeben. Daß gewisse prozessuale Rechtsgeschäfte, wie z. B. die Prorogation eines Gerichtes, die Vereinbarung eines Schiedsgerichtes etc., maßgebenden Einfluß auf die Prozeßführung und den Prozeßablauf haben und damit prozeßrechtliche Wirkungen zeitigen können, ist fast ausnahmslos anerkannt⁴.

3. Es ist noch ein kurzer Blick auf die systematische Stellung der verschiedenen prozessualen Rechtsgeschäfte zu werfen. Eine Einteilung ist

³ *Bunsen*, S. 407 und dortige Anmerkung. Dagegen *Sachse*, Beweisverträge, in *ZZP* Bd. 54, S. 412: „Es gilt nicht, was nicht erlaubt ist, ist verboten, sondern, was nicht verboten ist, kann erlaubt sein.“

⁴ Dazu *Guldener*: Ueber dispositives Recht im zürcherischen Zivilprozeß und eidgenössischen Betreibungsrecht, in *ZSR* Bd. 65, S. 191 ff.

Bülow, dispositives Zivilprozeßrecht, in *AcP* Bd. 64, S. 1 ff.; *Kahn*, S. 22.

nach verschiedenen Kriterien möglich. So können prozessuale Rechtsgeschäfte nach dem Gegenstand, auf den sie sich beziehen, gegliedert werden, z. B. solche über den Anspruch selbst, über das Verfahren oder über einzelne Verfahrenspunkte. Eine zweite Einteilungsmöglichkeit kann auf die Art des prozessualen Rechtsgeschäftes abstellen, also die Unterscheidung von einseitigen und zweiseitigen Rechtsgeschäften entsprechend derjenigen im Privatrecht, usw.⁵

Bunsen unterscheidet Vereinbarungen über die Zulässigkeit und Unzulässigkeit eines Rechtsweges, Vereinbarungen über den Gerichtsstand und solche über den Ausschluß von Rechtsmitteln. Er gibt damit eine abschließende Aufzählung der nach seiner Auffassung zulässigen prozessualen Rechtsgeschäfte. Weitere Rechtsgeschäfte, die auf einen künftigen Prozeß von Einfluß sein könnten, gebe es nicht. „Die Parteien können über ihr gegenseitiges Verhalten in dem Prozeß... im voraus keine Vereinbarungen von prozeßrechtlicher Wirksamkeit treffen. Das Gericht ist nur gebunden an die im Prozeß vorgenommenen Parteihandlungen“⁶. Damit lehnt er die Zulässigkeit von Beweisverträgen ab, wenigstens dann, wenn sie außerhalb des Prozesses geschlossen werden.

II. Beweisverträge insbesondere

1. Der Begriff

Dem Begriff des Beweisvertrages sind verschiedene Bedeutungen eingeschlossen. *Bülow*, der die Zulässigkeit der Beweisverträge strikte ablehnt, versteht unter Beweisverträgen außergerichtliche Verträge, durch die dem Richter die Möglichkeit der Wahrheitsprüfung gänzlich abgeschnitten werde und der Beweis gewisser Tatsachen, auch wenn sie im Prozeß bestritten würden, ausgeschlossen werden soll⁷.

Wach sieht in den Beweisverträgen eine Befreiung von der Beweispflicht vorbehaltlich des Gegenbeweises⁸, sowie eine Vereinbarung, die eine Tatsachenfeststellung zur völligen Unbestreitbarkeit erhebe⁹.

Kohler definiert Beweisverträge als solche, bei denen „unter bestimmter Voraussetzung eine bestimmte Tatsache als bewiesen gelten soll“¹⁰.

Wieder anders formuliert *Sachse* den Beweisvertrag als beweissichernden Vertrag, „durch den eine Tatsache unmittelbar festgestellt wird, und zwar unwiderleglich oder unter Vorbehalt des Gegenbeweises“, oder als Vertrag, der den Parteien erlaube, sich zur Beweisführung mit bestimmten Beweismitteln zu begnügen¹¹.

⁵ Vgl. Knecht, S. 22—27.

⁶ Bunsen, S. 423.

⁷ Bülow, S. 65.

⁸ Wach, das Geständnis, in AcP Bd. 64, S. 218.

⁹ a. a. O. S. 228.

¹⁰ Kohler, S. 304.

¹¹ Sachse, S. 409.

Endlich hat sich auch das Reichsgericht mit dem Beweisvertrag beschäftigt. Es erblickt in ihm einen Vertrag, der kraft Parteiwillens gewisse Tatsachen als bewiesen erklärt und damit die freie richterliche Beweiswürdigung einschränkt¹².

Die große Zahl der den Beweisverträgen zugelegten Bedeutungen und Nuancen läßt erkennen, daß es sich bei diesem Vertrag nicht um ein fest abzugrenzendes, klar zu umschreibendes Gebilde handelt. Vielmehr ist der Begriff „Beweisvertrag“ als Sammelbegriff aufzufassen, unter den sich neben anderen die Beweislastverträge und die Beweismittelverträge einreihen lassen. Von diesen wird uns vor allem die letzte Gruppe speziell zu interessieren haben. Allen ist jedenfalls gemeinsam, daß sie sich mit der Beweisführung und Beweisgestaltung befassen.

2. Die Zulässigkeit von Beweisverträgen?

Die Zulässigkeit der Beweisverträge, besonders aber die Zulässigkeit derjenigen prozessualen Rechtsgeschäfte, die den Beweis über eine Tatsache auf ein bestimmtes Beweismittel beschränken (Beweismittelverträge), wird von der Mehrheit der Schriftsteller und von der Gerichtspraxis bestritten. Einige Zitate mögen das belegen.

Bülow glaubt in diesen Verträgen verwegenste Eingriffe in das Gebiet der prozeßordnungsgemäßen Richterpflichten zu erblicken, „vermöge derer das Gericht jede rechtlich erhebliche, tatsächliche Behauptung und Bestreitung zu beachten und bei seinem Urteil zu Grunde zu legen hat“. Es sei als anormal, der *ratio iuris* widersprechend zu betrachten, daß man über prozessuale Rechte und Pflichten schon ehe sie zur Entstehung gelangt seien, verfügen und damit Prozeßhandlungen außerhalb den Prozeß verlegen wolle, die vor das Gericht gehören¹³. Er lehnt sich mit allem Nachdruck gegen die Gültigkeit von Beweisverträgen auf.

Ähnlich verweigert *Wach* den Beweisverträgen jede Wirksamkeit, da es sich dabei um ein „Paktieren über ein der Parteidisposition entzogenes Objekt, die richterliche Ueberzeugung“ handle. Die Parteien könnten auf mannigfache Weise die richterliche Ueberzeugung beeinflussen, indem sie Beweismittel beschaffen oder zurückhalten; nicht aber dürften sie über die Wirkung gewisser Tatsachen auf die richterliche Ueberzeugung paktieren, so, daß diese bis zum Gegenbeweis gelten solle¹⁴.

Kohler läßt eine gewisse Anzahl prozeßrechtlicher Verträge gelten, verwahrt sich aber ebenfalls gegen die Anerkennung von gültigen Beweisverträgen. Der Richter dürfe nicht durch den Ausschluß von Tatsachen und Beweismitteln zum „Spielball der Launen der Parteien“ erniedrigt werden¹⁵. Der Autor läßt wohl die Schiedsgutachterklauseln in

¹² RGZ Bd. 96, 59.

¹³ Bülow, S. 67.

¹⁴ Wach, S. 218/19.

¹⁵ Kohler, 301, 304 ff.; ebenso Bunsen S. 423.

Versicherungsverträgen zu, wonach sich der Versicherer mit einem bestimmten Nachweis des Schadens begnügt, nicht aber im Sinne eines prozessualen Beweisvertrages. Er findet für die materiellrechtliche Natur dieser Klausel im Unterschied zum Beweisvertrag eine ähnliche Begründung wie sie andere Autoren geben¹⁶ und legt der Klausel keine prozeßrechtlichen Wirkungen zu.

In jüngerer Zeit wurden nun auch Gegenstimmen laut. Vor allem hat *Sachse* in einer eingehenden Abhandlung für die Zulässigkeit der Beweisverträge Stellung genommen. Er stützt seine Ansicht mit folgender Argumentierung:

„Wenn die Parteien während des schwebenden Prozesses oder außerhalb desselben oder in Erwartung eines künftigen Prozesses sich über gewisse Tatsachen dahin einigen, daß sie im Prozeß als feststehend behandelt, also nicht bestritten werden sollen, so gehen sie doch der Regel nach davon aus, daß sie wahr sind oder wahr sein können; nicht vereinbaren sie, dem Richter ein verzerrtes Bild vorzutragen, sondern sie verbinden sich gerade, die Wahrheit ihm zu unterbreiten, und der Zweck ist dann, ein schikanöses Leugnen auszuschließen. Handelt es sich aber um Tatsachen, die den Parteien in ihrer Wahrheit zweifelhaft sind, so dient die Vereinbarung dazu, die Ungewißheit, die eine Beweisaufnahme im Prozeß mit sich bringt, im voraus zu beseitigen... Warum sollten sich die Parteien über ungewisse Tatsachen nicht ebenso einigen können, wie sie unbestritten durch Vergleich zweifelhafte Rechte feststellen können? Freilich ist eine Disposition über Tatsachen in der Art unmöglich, daß durch Vereinbarung unwahre Tatsachen wahr gemacht werden können; aber von den Tatsachen hängt das Recht ab, und indem die Parteien sich über die Behandlung von Tatsachen, ob sie als wahr oder nicht wahr gelten sollen, einigen, verfügen sie, falls die zugestandenen Tatsachen unrichtig sind, mittelbar über ihre Rechte, und soweit sie dazu berechtigt sind, liegt kein Grund vor, ihnen eine solche Disposition über die Tatsachen zu verwehren.“¹⁷

Weiter äußert sich *Sachse*, daß es nach dem Grundsatz der Verhandlungsmaxime den Parteien zustehe, den Prozeßstoff zu bestimmen und dem Richter damit die für die Urteilsfällung nötigen Unterlagen zu verschaffen. Wenn es im Prozeß schon möglich sei, durch Parteierklärung (z. B. durch Anerkennung einer von der Gegenpartei behaupteten Tatsache) den Richter zu binden, so sei nicht einzusehen, warum nicht auch

¹⁶ Weismann, S. 292, 312; Oertmann, S. 132; Kisch, S. 16; RGZ Bd. 96, 59 ff., 24, 357, 20, 298. Aber Bundesgericht in SVA VIII 220.

¹⁷ *Sachse*, S. 415.

durch einen außergerichtlichen Vertrag dasselbe bewirkt werden könne¹⁸.

Beim Ueberblicken dieser gegensätzlichen Ansichten kann man feststellen, daß die ganze Auseinandersetzung im Grunde um zwei Hauptprinzipien im Prozeßrecht geht: Den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung auf der einen und die Verhandlungsmaxime auf der andern Seite. Diejenigen Autoren, die sich gegen die Zulässigkeit der Beweisverträge aussprechen, sehen in ihnen und speziell in den Beweismittelverträgen eine unzulässige Beschneidung des richterlichen Rechts der freien Beweiswürdigung. Die Verfechter der Zulassung von Beweisverträgen glauben aber die von ihnen zugegebene Einschränkung der freien Beweisüberprüfung durch den Verhandlungsgrundsatz rechtfertigen zu können. Bei der Entscheidung also, für die eine oder andere Auffassung Stellung zu nehmen, handelt es sich schließlich um die Ermessensfrage, welchem der beiden Grundsätze des Prozeßrechtes man im konkreten Fall die stärkere Wirkung und die größere Bedeutung zu-messen will.

Im weiteren erübrigt es sich, im Rahmen dieser Arbeit auf diese allgemeinen Gegensätze näher einzugehen und sich für die eine oder andere Ansicht zu entschließen. Für uns stellt sich die Frage spezieller, nämlich: Hat die Schiedsgutachterklausel die Bedeutung eines Beweisvertrages? Wenn ja, muß sie deshalb nach der Ansicht, daß Beweisverträge generell unzulässig seien, verworfen werden?

¹⁸ S. 414; gleiche Ansicht bei Knecht, S. 78 ff. Guldener kann dieser Auffassung nicht beitreten; a.a.O. S. 241/42:

„Gerade wenn die Parteien über ihre Rechte frei verfügen können, besteht kein Grund, Beweisverträge zuzulassen, durch welche Tatsachen unstreitbar festgelegt werden sollen. Wenn es sich darum handelt, eine rechtsbegründete Tatsache für den Prozeßfall definitiv außer Streit zu setzen, so kann das durch privatrechtliche Vereinbarungen geschehen, nämlich in der Weise, dass die Parteien festlegen, der Anspruch des Berechtigten solle abweichend vom Gesetz auch dann bestehen, wenn sich die betreffende Tatsache nicht verwirklicht haben sollte...“

... Gegen die Zulässigkeit von Verträgen, welche eine Tatsache in verbindlicher Weise festlegen wollen, spricht aber auch die Erwägung, daß eine vertragliche Anerkennung von Tatsachen keine, jedenfalls keine hinreichende Garantie für die Richtigkeit der anerkannten Tatsache bietet. Es geht daher nicht an, den Richter an derartige Beweisverträge zu binden, die mit dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung im Widerspruch stehen.“

§ 7. Die Schiedsgutachterklausel als Beweisvertrag

Wenn schon wiederholt festgestellt wurde, daß die Schiedsgutachtervereinbarung keine direkten Wirkungen auf das materielle Rechtsverhältnis im Sinne der Vertragsergänzung oder Vertragsgestaltung ausübe, so können ihre Wirkungen nur auf prozessuale Gebiete liegen.

Es ist schon eingewendet worden (z. B. Weismann, S. 312), daß aber mit der Schiedsgutachterklausel gerade künftige Prozesse vermieden werden sollen. Das stimmt und wird auch überall dort zutreffen, wo das Verfahren der Schiedsgutachter reibungslos spielt, und das Schiedsgutachten von den Parteien ohne Einwände anerkannt wird. Wie steht es aber dann, wenn der eine Teil seine Leistungspflicht, bzw. den Anspruch der Gegenpartei grundsätzlich bestreitet, oder aus irgend einem andern Grunde doch über dem Rechtsverhältnis ein Prozeß ausbricht? In diesem Falle kommen dann eben die prozeßrechtlichen Wirkungen des Schiedsgutachtervertrages, oder, wenn das Schiedsgutachten bereits erstattet ist, dessen prozessuale Wirkungen zur Geltung.

I. Einschränkung der freien richterlichen Beweiswürdigung

Wie im vorangehenden Paragraphen gezeigt, verneint die herrschende Meinung die Zulässigkeit von Beweisverträgen ganz allgemein und zwar mit der Begründung, daß diese zu einer unzulässigen Beschränkung des freien Beweiswürdigungsrechtes führen. Dieser Grundsatz, der sowohl im deutschen als auch im schweizerischen Prozeßrecht vorherrschend ist, besagt, daß der Richter bei der Würdigung des Beweises nur an seine Ueberzeugung gebunden ist, vorbehältlich anders lautender gesetzlicher Beweisregeln (zürcherische ZPO 101). Er ist frei in der Beurteilung der von den Parteien vorgebrachten Beweise, aber auch in der Beurteilung von Expertengutachten. Er kann nach freier Ueberzeugung die Frage prüfen, ob er eine Tatsache als bewiesen, d. h. als wahr betrachten will oder nicht. Innerhalb der Schranken, wonach der Beweis nur über erhebliche, streitige Tatsachen etc. abgenommen werden darf, ist der Richter auch frei in der Bezeichnung der zu beweisenden Tatsachen.

Der Grundsatz als solcher ist bestimmt nicht anzuzweifeln. Dagegen darf ihm nicht diese uneingeschränkte Macht zugelegt werden, wie das gelegentlich getan wird.

Einmal ist er durch das Prozeßrecht selber, durch das Prinzip der Parteiherrschaft, das im Zivilprozeßrecht von großer Bedeutung ist, bis zu einem gewissen Grade eingeschränkt. Denn es ist im allgemeinen Sache der Parteien, dem Richter das Tatsächliche des Streitfalles darzulegen (zürcherische ZPO 98 I), d. h. den Prozeßstoff zu bestimmen, der ihm als Grundlage für das Urteil dienen soll. Damit wird aber auch der höchste Grundsatz des Prozesses, die richterliche Wahrheitserforschung, zum Teil illusorisch, denn die Parteien können gewisse Tatsachen vorbringen, andere unterdrücken, die zur Ermittlung der Wahrheit vielleicht ebenso erforderlich wären. Hingegen darf die Verhandlungsmaxime auch wieder nicht so weit ausgelegt werden, daß dem Richter z. B. vorgeschrieben werden könnte, welche Beweiswerte er den vorgebrachten Tatsachen, Behauptungen und Beweisen beimessen soll.

Zum zweiten wird das Richterrecht der freien Beweiswürdigung eingeschränkt durch die (außergerichtlichen) Vereinbarungen, wonach eine Tatsache in der von den Parteien bestimmten Weise (Schiedsgutachterverfahren) festgestellt werden soll. Die Beschränkung besteht darin, daß auch der Richter an diese Feststellung, an diese Beweiserbringung durch das Schiedsgutachten gebunden ist. Wird nun durch einen derartigen Vertrag die freie Beweiswürdigung des Richters in unzulässiger Weise eingeschränkt? Die Frage kann ohne Bedenken verneint werden.

Der Gesetzgeber hat diesen Grundsatz geschaffen, um dem Richter eine möglichst unabhängige Stellung zu geben. Er soll unbehelligt von den Einflüssen der Parteien, die selbstverständlich ihre entgegengesetzten Standpunkte mit allen Mitteln zu verteidigen suchen, ohne Bindung an starre Beweisregeln dem Recht und damit der Wahrheit zum Durchbruch verhelfen können. Die verbindliche Tatsachenfeststellung durch Schiedsgutachter widerspricht nun diesem Gedanken in keiner Weise. Ein ordnungsgemäß zustande gekommene Schiedsgutachten bietet eine genügende Gewähr für seine Richtigkeit. Würden die an egoistische Sonderinteressen gebundenen Parteien das Gutachten selber erlassen, das dann wahrscheinlich infolge größerer Macht des einen oder anderen Teiles einseitig ausfallen würde, so könnte allerdings an der wahrheitsgemäßen Feststellung gezweifelt werden¹. Wenn aber unparteiische Dritte, die objektiv und allein auf Grund ihrer Sachkenntnis urteilen, das Gutachten erstatten, so sind solche Zweifel unangebracht. Man darf in diesem

¹ Sachse, S. 429, ist in diesem Punkt anderer Ansicht; er meint

„Ist es zulässig, daß statt des Richters ein Schiedsgutachter eine Tatsache feststellt, so muß es auch zulässig sein, daß die Parteien selbst tun, was dem Schiedsgutachter übertragen werden kann. Warum sollen sie, wenn sie z. B. Sachverständige sind, eine außergerichtlich durch Prüfung eines Schiedsgutachters festzustellende Tatsache nicht selbst sachverständig prüfen und sich über das Ergebnis, vielleicht im Wege gegenseitigen Nachgebens, mit der Wirkung einigen dürfen, daß der Richter daran gebunden ist?“

Dem ist entgegenzuhalten, daß eine Partei, auch wenn sie sachverständig ist, sich nie von einer subjektiven Beurteilung lösen können.

Fall unbedenklich annehmen, daß die Feststellung der Tatsachen, besonders wenn sie von den Parteien anerkannt ist, der Wahrheit entspreche.

Es fragt sich übrigens, wie der Richter anders entscheiden könnte, wenn er nicht an das Gutachten gebunden wäre. Auch er sähe sich genötigt, zur Beurteilung einer Tatsache, zu deren Prüfung spezielle Sachkunde erforderlich ist, ein Sachverständigengutachten einzuholen. Ob dieses Gutachten von privaten oder gerichtlichen Sachverständigen erstattet wird, macht in bezug auf dessen Wahrheitswert keinen Unterschied. Einzig ihre prozessualen Wirkungen sind verschieden. Das gerichtliche Gutachten beurteilt der Richter nach freiem Ermessen, an das Schiedsgutachten dagegen ist er gebunden².

Wenn also die Bindung des Richters an das Schiedsgutachten, ohne daß dieser sich eine eigene Anschauung über dessen materiellen Gehalt bilden darf, festgestellt ist, so kann kaumwohl bestritten werden, daß darin eine Beschränkung der freien Beweiswürdigung liegt, und zwar eine zulässige. Das Schiedsgutachterverfahren tritt hier an Stelle des gerichtlichen Beweisverfahrens. Somit ist die Tätigkeit des Schiedsgutachters als Beweisbeschaffung und Beweiswürdigung gekennzeichnet. Der Vertrag selber, welcher dem Schiedsgutachter diese Kompetenzen einräumt, der Schiedsgutachtervertrag, ist demnach ein zulässiger Beweisvertrag³.

II. Die Schiedsgutachterklausel als Beweismittelvertrag

Der Beweismittelvertrag ist ein Beweisvertrag spezieller Art, der zum Nachweis bestimmter Tatsachen ein bestimmtes Beweismittel vorschreibt oder der gewisse Beweismittel ausschließt. Einen solchen stellt der Schiedsgutachtervertrag dar. Es wird darin z. B. vereinbart, daß der Nachweis des Schadens oder seiner Höhe durch Schiedsgutachter erbracht werden müsse. (Ob das Tätigwerden des Schiedsgutachters von der Voraussetzung abhängig gemacht wird, daß über die bestimmte Tatsache Uneinigkeit zwischen den Parteien herrsche, ist in diesem Zusammenhang unerheblich.) Die Zulässigkeit solcher Klauseln ist heute sowohl im Schrifttum als in der Judikatur fast ausnahmslos anerkannt⁴. Ebenso läßt man die Bindung des Richters an das Schiedsgutachten gelten. Dagegen wird ihre Beweisnatur häufig bestritten, weil man eben die Beweisverträge allgemein ablehnt. Die Bindung des Gerichtes soll mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung nichts zu tun haben, da die Schiedsgut-

² Zu diesen Fragen vgl. auch Sachse, S. 426.

³ Guldener, S. 244; Sachse, S. 428; Marcus, in „Das Recht“ 1912, 92; Salinger, S. 145. Ähnlich Hagen, in ZVW 1905, S. 214.

⁴ Andere Ansicht Bülow, S. 63/64.

achterklausel dem materiellen Recht angehöre und deshalb keine prozeßrechtlichen Wirkungen zeitige⁵.

Das Reichsgericht hat sich in verschiedenen Entscheidungen mit dieser Frage auseinandergesetzt. In einer ersten⁶ betont es, daß Vertragsklauseln über die Beweis- und Gegenbeweissführung dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung widersprechen und daher unzulässig seien. Dagegen soll eine Parteiabrede, wonach ein Schaden nur in einer festgesetzten Weise festzustellen ist, gültig sein; denn der Richter habe hier nur zu prüfen, ob der Schaden in der vorgeschriebenen Weise ordnungsgemäß festgestellt worden sei. Von einer Bindung des Richters an bestimmte Beweisregeln könne dabei nicht die Rede sein.

Später⁷ bestätigt es die Gültigkeit der Schiedsgutachterverträge, fügt aber in bezug auf deren Rechtsnatur bei: Solche Vereinbarungen sind „nicht als sogenannte Beweisverträge anzusehen, durch welche dem Gericht die Benutzung bestimmter Beweismittel vorgeschrieben oder verwehrt werden soll, sondern gehören dem Gebiet des materiellen Rechts an und haben in dem Verfügungsrecht der Parteien über den Gegenstand des Vertrages ihren Grund“.

Scheinbar wird nun auch im entscheidensten Urteil⁸ des Reichsgerichtes diese Praxis weitergeführt, indem es auch hier zunächst die Zulässigkeit von Beweisverträgen verneint, denn eine Vereinbarung, wonach eine bestimmte Tatsache kraft Parteiwillkür als bewiesen gelten soll, widerspreche dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung. Im Gegensatz zu dem Gesagten fährt das Reichsgericht aber weiter, daß die Benennung und Produktion von Beweismitteln im Zivilprozeß, anders als im Strafprozeß, der Verfügung der Parteien unterliege. Es sei daher nicht einzusehen, warum sie darüber nicht verpflichtende Vereinbarungen treffen könnten. Damit wird u. E. die Zulässigkeit der Beweismittelverträge dokumentiert. Wenn es weiter erklärt, das Ergebnis der Prüfung des Schiedsgutachters sei, bei dieser Bindung und Beschränkung auf ein Beweismittel, maßgebend und einer weiteren Feststellung durch andere Beweismittel entzogen (S. 61), so gibt das Gericht doch zu, daß es sich bei einer derartigen Vereinbarung um einen Beweismittelvertrag handelt, der Richter an dieses Beweismittel (Schiedsgutachten) gebunden und von der freien Beweiswürdigung ausgeschlossen ist.

Eine ähnliche Unsicherheit offenbart sich auch in einem neueren Urteil des Bundesgerichtes⁹. Obschon es den Schiedsgutachtervertrag grundsätzlich dem materiellen Bundesrecht zuteilt, anerkennt es, daß der Schiedsmannvertrag trotz seiner privatrechtlichen Natur dennoch pro-

⁵ Vgl. die Zitate unter § 6 II 2. Anm. 14–16. Ebenso Wangner, S. 68; Bongartz, S. 17; Ritter, S. 903 Anm. 8.

⁶ RGZ Bd. 20, 402.

⁷ RGZ Bd. 24, 359.

⁸ RGZ Bd. 96, 57 ff.

⁹ In SVA VIII 220; vgl. auch SVA III 24 d.

zessuale Bedeutung habe, indem er Ersatz für das gerichtliche Beweisverfahren schaffe. Unter der Voraussetzung, daß dieses außergerichtliche Verfahren von den gleichen Rechtsschutzgarantien nach den Grundsätzen von BV 4, wie sie für das gerichtliche Beweisverfahren gelten, getragen wird, läßt das Bundesgericht das schiedsgutachtliche Beweisverfahren sogar dann als Ersatz zu, wenn sich das Gericht selber mit der Sache zu befassen hat. Wird aber damit nicht ausgedrückt, daß es sich bei der Tätigkeit des Schiedsgutachters um Beweiserhebung und Beweiswürdigung handelt, daß der Schiedsgutachtervertrag als gültiger Beweisvertrag zu betrachten ist, und durch die Bindung des Richters die freie Beweiswürdigung für die fraglichen Punkte ausgeschaltet wird?

Die materiellrechtliche Auffassung hat selbstverständlich dort ihre Berechtigung, wo dem Dritten die Aufgabe zufällt, eine Leistung inhaltlich zu bestimmen, d. h. konstitutiv auf ein Rechtsverhältnis einzuwirken. Nach unseren Begriffen ist der Dritte dann aber nicht Schiedsgutachter. Dort, wo sich die Parteien verpflichten, eine bestimmte Tatsache durch ein bestimmtes Beweismittel festzustellen (Schiedsgutachterverfahren), übt dieser Dritte eine deklarative Tätigkeit aus. Der Tatbestand wird durch sie nicht näher bestimmt oder ergänzt, sondern er bleibt unverändert. Die Schiedsgutachter stellen den Tatbestand lediglich fest und zwar so, wie er im gerichtlichen Beweisverfahren festgestellt werden müßte¹⁰.

Wer aber Beweisverträge prinzipiell verwerfen und damit dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung uneingeschränkte Geltung verleihen will, muß zumindest zugeben, daß es davon, wie im Falle des Schiedsgutachtervertrages, Ausnahmen gibt. Werden auch diese Ausnahmen nicht anerkannt, so bleibt nur die Möglichkeit, dem Schiedsgutachtervertrag die Bedeutung eines materiellrechtlichen Vertrages zu geben.

Wenn schon das Reichsgericht in seiner maßgebenden Entscheidung in bezug auf die Rechtsnatur der Schiedsgutachterklausel dazu übergeht, ihr prozeßrechtliche Wirkungen beizumessen — (obchon es dies zwar ausdrücklich verneint) —, so hat der deutsche Gesetzgeber im einzigen Gesetz, in dem der Schiedsgutachter eine direkte Regelung gefunden hat, solche Wirkungen ausdrücklich ausgesprochen. Der § 106 II des Arbeitsgerichtsgesetzes lautet nämlich:

„Die Vereinbarung hat die Wirkung, daß die durch Schiedsgutachten zu entscheidenden Tatfragen der Nachprüfung und Beweiserhebung im arbeitsgerichtlichen Verfahren entzogen sind, und daß die

¹⁰ Guldener, S. 244 Anm. 176: „Aufgabe des Richters ist es doch, bestehende Rechte festzustellen und nicht solche zu begründen (abgesehen vom Fall eines konstitutiven Urteils). Entsprechendes muß aber auch für den Spruch des Schiedsgutachters gelten. Er hat Tatsachen festzustellen und nicht Rechte neu zu begründen. Sein Spruch ist Beweismittel: daß aber Entstehen oder Nichtentstehen eines Anspruches vom Vorhandensein eines Beweismittels abhängig sei, entspricht nicht den Grundsätzen des Privatrechtes.“

Arbeitsgerichtsbehörde an das Schiedsgutachten gebunden ist...“.

Ist demnach das Schiedsgutachten ordnungsgemäß zustande gekommen, so sind die arbeitsgerichtlichen Instanzen daran gebunden. Eine weitere Beweiserhebung über die fraglichen Tatsachen kann nicht angestellt werden; die Feststellungen des Gutachtens sind als bewiesen zu betrachten¹¹.

Mit diesen Darlegungen wird also festgehalten, daß die Schiedsgutachterklauseln allgemein als zulässig anerkannt werden, auch wenn über die Rechtsnatur des Vertrages keine einheitliche Auffassung herrscht. Neben der Schranke des freien Beweiswürdigungsrechtes, das vielfach eben als unausschließbar betrachtet wird, ist dem Schiedsgutachtervertrag von Seiten des Privatrechtes eine weitere Schranke gesetzt. Die Vertragsfreiheit im Privatrecht ist dadurch eingeschränkt, daß ein gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft nichtig ist (OR 20). Der Richter hat in dieser Frage ein weitgehendes Prüfungsrecht. Prozessuale Rechtsgeschäfte, wie der Schiedsgutachtervertrag, unterstehen zwar prinzipiell den Regeln des Prozeßrechtes. Da aber die Verträge ihre allgemeine Regelung im Zivilrecht gefunden haben, sind gewisse allgemeine Grundsätze auch auf die prozessualen Rechtsgeschäfte anzuwenden. Der Richter kann auch diese Rechtsgeschäfte nach privatrechtlichen Grundsätzen auf ihre Zulässigkeit prüfen¹².

Gegen die guten Sitten würde ein Schiedsgutachtervertrag dann verstoßen, wenn die eine Partei der Willkür der andern dadurch preisgegeben würde, daß diese eine Mehrheit von Schiedsgutachtern bestimmen könnte¹³. Ebenso würden die Parteien gegen dieses Prinzip handeln, wenn sie sich im voraus verpflichteten, auf jede Anfechtung des Schiedsgutachtens zu verzichten¹⁴.

Im allgemeinen wird man aber bei der Beweisbeschränkung durch den Schiedsgutachtervertrag nicht von einer Sittenwidrigkeit sprechen können¹⁵.

¹¹ Weiler, Das Schiedsgutachten im Arbeitsrecht, Diss. Köln 1934, S. 22.

¹² Sachse, 432 ff.

¹³ Vgl. § 4 IV bei Anmerkung 16 und 17.

¹⁴ Meckenstock, S. 51, läßt einen solchen Verzicht zu, wenn er zweifellos beabsichtigt sei. Er sei aber in der Klausel „unter Ausschluß des Rechtsweges“ nicht ohne weiteres enthalten.

¹⁵ Vgl. auch BGE 38 II Nr. 88.

Spezieller Teil

I. Abschnitt:

Der Schiedsgutachtervertrag und die Schiedsgutachter

§ 8. Der Schiedsgutachtervertrag insbesondere

Nachdem bisher die theoretische Seite des Schiedsgutachtervertrages, vor allem seine Rechtsnatur behandelt wurde, sollen im Folgenden nun die charakteristischen Merkmale des Vertrages besprochen werden.

I. Voraussetzungen und Entstehung des Vertrages

1. Die Schiedsgutachterklausel hat als selbständiger Vertrag keine Bedeutung. Dies wird am ehesten daraus ersichtlich, daß man sich seinen Zweck vergegenwärtigt. Durch den Schiedsgutachtervertrag entsteht für die Vertragsparteien die Möglichkeit, gewisse Tatsachen der Beweiserhebung durch das ordentliche Gericht dadurch zu entziehen, daß die Beurteilung dieser tatsächlichen Fragen einem oder mehreren Schiedsgutachtern vorbehalten wird und zwar so, daß der von diesen gefällte Entscheid, vorbehaltlich der Anfechtungsmöglichkeiten, als verbindlich, d. h. als bewiesene Tatsache anerkannt wird. Solche streitige Tatsachen, die für die Beurteilung des Rechtsverhältnisses erheblich sind, können aber erst dann vorhanden sein, wenn eben ein vertragliches oder gesetzliches Rechtsverhältnis zwischen den Parteien bereits besteht. Also muß für den Abschluß eines Schiedsgutachtervertrages das vorgängige Bestehen oder mindestens das gleichzeitige Entstehen eines Rechtsverhältnisses, auf das sich die Schiedsgutachterklausel bezieht, vorausgesetzt werden¹.

Im weitaus häufigsten Anwendungsfall, dem Schadensversicherungsvertrag, wird die Schiedsgutachterklausel gleichzeitig mit dem Versicherungsvertrag statuiert, d. h. sie ist hier in den typisierten Vertrag, in die allge-

¹ Eckert, S. 16; Clasen, in JRPV Bd. 4, S. 340; Weismann, S. 326.

meinen Versicherungsbedingungen aufgenommen. Statthaft ist es auch, wenn zwei Parteien erst später eine Schiedsgutachterklausel in einen zwischen ihnen bestehenden Vertrag einfügen. Als dritte Möglichkeit ist es zu betrachten, daß eine Schiedsgutachtervereinbarung erst in einem bereits anhängig gemachten Prozeß geschlossen wird. *Wangner*² z. B. kann dies unbedenklich zulassen, da nach seiner Ansicht der Schiedsgutachtervertrag ein privatrechtliches Geschäft darstellt, das den hängigen Rechtsstreit nicht berührt. Weniger klar liegen die Dinge, auf den ersten Blick gesehen, bei der Auffassung der Schiedsgutachterklausel als Beweisvertrag. Da das Schiedsgutachterverfahren Beweiserhebung ist und einen Ersatz für das gerichtliche Beweisverfahren darstellt, ist es fraglich, ob man das Schiedsgutachterverfahren auch während eines Prozesses noch zulassen will oder ob sogar der Abschluß eines solchen Vertrages in diesem Zeitpunkt noch möglich ist. Mehrheitlich wird jedoch angenommen, daß die Beweiserbringung durch Schiedsgutachten bis zur letzten mündlichen Verhandlung gestattet ist. Ein Gerichtsentscheid³ betont in ähnlicher Weise, daß das Schiedsgutachterverfahren auch anläßlich der Hauptverhandlung noch nachgeholt werden könne, um als Grundlage für die ziffernmäßige Ermittlung der Klageansprüche zu dienen. Es wird aber auch die Ansicht vertreten, daß überall dort, wo sich das Gericht über den Entschädigungsanspruch als solchem auszusprechen habe, es ungeachtet der Schiedsgutachterklausel über die Tatsachen entscheiden könne, die ursprünglich den Schiedsgutachtern zur Beurteilung vorbehalten gewesen seien⁴.

Was geschieht mit dem Schiedsgutachtervertrag, wenn das Rechtsverhältnis, worauf er sich bezieht, aus irgend welchen Gründen untergeht? Beim Schiedsvertrag wird für den Fall, daß die Gültigkeit des bezüglichen Rechtsgeschäfts umstritten ist, angenommen, daß er trotzdem rechtlich bestehen kann. Den Schiedsrichtern wird sogar die Entscheidung über die Gültigkeit des Grundverhältnisses übertragen (vgl. BIZR Bd. 14, 9). Selbst dann wenn der Schiedsvertrag in der Urkunde über das privatrechtliche Grundverhältnis niedergelegt ist, kann er über den Hauptvertrag hinaus seine prozeßrechtlichen Wirkungen bewahren. Der Schiedsgutachtervertrag aber, der den Schiedsgutachtern keine Entscheidungsmacht über die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Grundgeschäftes einräumt, wird beim Dahinfallen des Hauptvertrages bedeutungslos, da durch ihn nur ein Tatbestandselement bewiesen werden sollte. Die Schiedsgutachterklausel ist also vom Bestand des Hauptgeschäftes abhängig und kann nur mit diesem zusammen wirksam werden. Sie verfolgt keinen Selbstzweck, sondern ist nur Mittel zur Klärung einer tat-

² A.a.O., S. 65; ebenso Arens, S. 30.

³ SVA V 359 c; gleicher Ansicht Buchdahl, S. 31.

⁴ Vgl. BGE 36 II 334. Näheres siehe in diesem Paragraphen unter III 2.

sächlichen Situation, zum Beweis einer Tatsache. Sie wird dort zwecklos, wo es eines Beweises über diese Tatsache nicht mehr bedarf.

Als Voraussetzung für den Abschluß eines Schiedsgutachtervertrages wird oft die Unbestimmtheit der Vertragsleistung oder eines wesentlichen Punktes derselben genannt⁵. Daß diese auf der materiellen Auffassung vom Schiedsgutachter als Drittem nach BGB 317 ff. fußende Ansicht nicht der unseren entspricht, ist schon zu wiederholten Malen gezeigt worden. Die Aufgabe des Schiedsgutachters besteht nicht in der Bestimmung einer Leistung; die Unbestimmtheit dieser Leistung kann daher auch nicht Voraussetzung für den Schiedsgutachtervertrag sein.

Eine Voraussetzung für den gültigen Abschluß eines Schiedsgutachtervertrages ergibt sich aus dem Prozeßrecht selbst: Die Prozeßfähigkeit der Vertragsparteien. Sie bedeutet in unserem Zusammenhang die Fähigkeit, im Prozeß zu handeln und Rechtsgeschäfte abzuschließen, die für den Prozeß von Einfluß sind (vgl. Zü.ZPO 29; ähnlich im deutschen Zivilprozeßrecht). Die Prozeßfähigkeit ist ein Teil der Handlungsfähigkeit. Wer nach Bundesrecht handlungsfähig ist, besitzt normalerweise auch die Prozeßfähigkeit. Sicher ist für den Abschluß von prozeßrechtlichen Verträgen im Prozeß selber die Prozeßfähigkeit erforderlich. Da nun aber hier zwischen Rechtsgeschäften, die während und außerhalb eines Prozesses geschlossen werden, kein prinzipieller Unterschied gesehen wird, muß die Prozeßfähigkeit der Parteien auch für den Abschluß eines Schiedsgutachtervertrages (außerhalb des Prozesses) Gültigkeitsvoraussetzung sein⁶.

Ein Vertrag, bei dessen Abschluß eine Partei handlungsunfähig war, hat keine rechtlichen Wirkungen. Somit fällt mit diesem, nach dem vorn Gesagten, auch die darin eingeschlossene Schiedsgutachtervereinbarung logischerweise weg.

2. Der Vertragstypus der Schiedsgutachterklausel ist im schweizerischen Recht nirgends gesetzlich geregelt. Wenn hier der Standpunkt vertreten wird, daß es sich um einen Vertrag mit unmittelbaren prozeßrechtlichen Wirkungen handelt, also um ein prozessuales Rechtsgeschäft, so muß seine Stellung im Prozeßrecht sein⁷. Er müßte grundsätzlich nach den Regeln des Prozeßrechtes beurteilt werden. Die Gültigkeit, der Abschluß, die Wirkungen oder die Unwirksamkeit des Vertrages müßten sich aus dem Prozeßrecht ergeben. Nun sind aber die Ausgestaltung der Verträge, insbesondere ihre Gültigkeitserfordernisse allgemein im Privatrecht (Obligationenrecht) festgehalten, sodaß nichts anderes übrig bleibt, als die Grundsätze über Angebot und Annahme, über die übereinstimmenden Parteiwillen und die Form der Verträge auch auf prozessuale Rechtsgeschäfte entsprechend anzuwenden. Ein starres Festhalten

⁵ Bongartz, S. 21; Eckert, S. 16; Arens, S. 30.

⁶ Knecht, S. 105. Zum Begriff der Rechtsfähigkeit vgl. Sträuli-Hauser zu ZPO 29 Anm. 1b.

⁷ Kohler, S. 518; Knecht, S. 101.

am Grundsatz, daß prozeßrechtliche Geschäfte allein nach Prozeßrecht zu beurteilen sind, würde zu unlösbaren praktischen Schwierigkeiten führen⁸.

Vertragsabschlüsse werden durch das Angebot einer Partei eingeleitet. Beim Abschluß von Versicherungsverträgen geschieht dieses Offerieren durch Vorlegen der allgemeinen Versicherungsbedingungen, in denen die Schiedsgutachterklausel, meistens unter der Ueberschrift „Schadensermittlung“ als Sachverständigenverfahren figurierend, enthalten ist. Stimmt nun der Versicherungsnehmer den allgemeinen Versicherungsbedingungen zu, indem er den Vertrag durch Bezahlung der ersten Prämie akzeptiert, so bekundet er auch stillschweigend (vgl. OR 6) sein Einverständnis mit der in der Schiedsgutachterklausel vorgeschriebenen Art des Schadensnachweises. Er nimmt den eingeschlossenen Schiedsgutachtervertrag an.

Wie für den Grundvertrag selber, sind zur gültigen Entstehung des Schiedsgutachtervertrages übereinstimmende gegenseitige Willensäußerungen der Parteien erforderlich (OR 1); es ist Konsens nötig. Gar nicht selten ist in dieser Vereinbarung ein versteckter Dissens vorhanden. Beide Parteien nennen z. B. den Dritten „Schiedsrichter“; die eine meint dabei einen eigentlichen Schiedsrichter, wogegen die andere an einen Schiedsgutachter denkt. Ein solcher Dissens wird meistens erst durch den Richter aufgedeckt, der sich die Frage zu stellen hat, ob die den Dritten erteilten Funktionen denjenigen von Schiedsgutachtern oder Schiedsrichtern entsprechen. Stellt der Richter dabei fest, daß es sich nicht nur um eine Verwechslung der Bezeichnungen handelt, was viel häufiger vorkommt, sondern die Parteiwillen tatsächlich auseinander gehen, so treten für die Schiedsgutachterklausel die Folgen des Dissenses ein, falls nicht eine nachträgliche Verständigung den Mangel heilt.

Es muß noch die Frage aufgeworfen werden, ob die privatrechtlichen Vorschriften über die Mängel beim Vertragsabschluß allgemein für prozessuale Rechtsgeschäfte Geltung haben. Die herrschende Lehre lehnt dies aus zwei Gründen ab. Einmal deshalb, weil sich im Prozeß Gericht und Vertragsgegner in erhöhtem Maße auf die Erklärungen der Partei, unabhängig von deren eigentlichem Willen, müssen verlassen können, und zum zweiten, weil das Prozeßrecht andere Möglichkeiten zur Aufhebung prozessualer Rechtsgeschäfte kenne, so besonders den Widerruf⁹. Vielfach wird aber die Verwendung der Vorschriften über Konsens und die Mängel des Vertragsabschlusses auf prozeßrechtliche Verträge als zulässig betrachtet¹⁰. Es ist tatsächlich nicht erklärlich, warum man jeman-

⁸ Dazu Knecht, S. 102.

⁹ Angeführt bei Knecht, S. 106, der aber auf S. 111 ff. selber eine andere Ansicht vertritt. Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts, I. Teil, Leipzig 1912, S. 456 ff.; Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage, Leipzig 1906, S. 360/61; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Auflage, Berlin 1931, S. 192/93 etc.

¹⁰ Kohler, S. 508 ff. Für den Schiedsgutachtervertrag speziell: Eckert, S. 17; Clasen, in JRPV Bd. 4, S. 340; Bongartz, S. 29.

den für eine unter Irrtum, Täuschung oder Drohung zustande gekommene Erklärung behaften soll. Dem Prozeßrecht ist jedenfalls damit nicht besser gedient, als wenn man einen solchen Vertrag für die betroffene Partei unverbindlich erklärt. Derartige Mängel sind beim Abschluß von Schiedsgutachterverträgen, soweit die Gerichtspraxis übersehen werden kann, noch nie zutage getreten, was uns erlaubt, von einer weiteren Verfolgung des Problems abzusehen.

II. Form und Inhalt des Vertrages

1. Was die Form des Schiedsgutachtervertrages anbetrifft, darf angenommen werden, daß auch hier der privatrechtliche Grundsatz der Formfreiheit gilt, OR 11. Für Schiedsgerichtsverträge sehen alle Prozeßgesetze die Schriftform vor (Zü.ZPO 359, Satz 2; deutsche ZPO 1027), dagegen lassen sie Gerichtsstandsvereinbarungen zum Teil formlos zu (Zü.ZPO 16), sogar so, daß sie durch konkludentes Handeln, d. h. durch Einlassen vor einem unzuständigen Gericht ohne Widerrede, geschlossen werden können usw. Im Prinzip wird also auch für prozeßrechtliche Verträge Formfreiheit gelten; somit auch für den Schiedsgutachtervertrag als Beweisvertrag¹¹.

Im heutigen Rechtsleben werden alle gebräuchlichen, bedeutenderen Rechtsgeschäfte schriftlich abgeschlossen. Eine Schiedsgutachterklausel wird zweckmäßigerweise auch schriftlich in den Vertrag aufgenommen, was aber nicht absolutes Erfordernis ist. Für Versicherungsverträge, die vom Gesetz an keine Form gebunden sind, ist in der Praxis die Schriftform üblich, sodaß die Schiedsgutachterklauseln ebenfalls in dieser Form darin enthalten sind. Eine besondere Form kann für den Schiedsgutachtervertrag aber höchstens erzwungen werden, wenn er einem Vertrag beigegeben ist, dessen Gültigkeit von Gesetzes wegen von einer solchen abhängt.

2. Hinsichtlich der Gestaltung des Vertragsinhalts muß den Parteien, entsprechend dem privatrechtlichen Prinzip der Vertragsfreiheit, weitgehend freie Hand gelassen werden. Immerhin kann man auch an den Schiedsgutachtervertrag gewisse Mindestanforderungen stellen. Vor allem dürfen mehr oder weniger detaillierte Angaben über die dem Schiedsgutachter gestellte Aufgabe nicht fehlen. In der Schadensversicherung sind diese meistens in der Weise umschrieben, daß die Schiedsgutachter „die Höhe des Schadens durch Beantwortung der Fragen nach dem Wert der versicherten, geretteten und beschädigten Sachen unmittelbar vor und nach dem Schadenereignis“ festzustellen haben¹². In der Unfallversiche-

¹¹ Knecht, S. 102.

¹² Vgl. schweizerische allgemeine Bedingungen für die Versicherung gegen Feuer-, Explosions- und Elementarschäden, Art. 18 Ziff. 5; ähnlich die deutschen allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen.

nung wird der „Aerztekommision“ (Schiedsgutachter) im Falle von Meinungsverschiedenheiten unter den Parteien die Feststellung von Art und Umfang der Unfallfolgen sowie des Kausalzusammenhanges zwischen dem eingetretenen Schaden und dem Versicherungsfall anvertraut¹³. Hier wie dort werden die Schiedsgutachter von der Beurteilung irgend welcher anderer Streitpunkte ausgeschlossen. Die genaue Abgrenzung der Kompetenzen, besonders in bezug auf den Aufgabenkreis von Schiedsrichtern, ist in der Praxis nicht immer leicht; Streitigkeiten darüber sind relativ häufig. Bei der Auslegung der dem Schiedsgutachter übertragenen Funktionen und der Frage, ob er seine Kompetenzen überschritten habe, sind die Auslegungsregeln von OR 18 beizuziehen.

Die Parteien können eine Ausdehnung der schiedsgutachterlichen Tätigkeit auf weitere Tatsachen vereinbaren. Ueberschreitet der Schiedsgutachter aber ohne eine solche Vereinbarung seine Kompetenzen, so ist der Teil der Feststellung, welcher auf der Ueberschreitung beruht, unverbindlich, wenn er nicht nachträglich von beiden Parteien anerkannt wird.

Diese Festlegung des Gegenstandes der schiedsgutachtlichen Feststellung, die sich nach der Art des Grundgeschäftes richtet, gehört zu den essentialia negotii der Schiedsgutachterklausel. Ebenso ist eine Bestimmung unentbehrlich, wonach das Ergebnis des Schiedsgutachterverfahrens als verbindlich erklärt wird unter gleichzeitigem Hinweis auf die möglichen Anfechtungsgründe.

Nicht unbedingt erforderlich für die Gültigkeit des Schiedsgutachtervertrages, aber für das ungestörte Funktionieren des Verfahrens zweckmäßig sind Vorschriften über das Vorgehen der Schiedsgutachter bei der Schadensermittlung, wobei diese in ihrer Handlungsfreiheit nicht dermaßen eingeengt werden dürfen, daß die Wahrhaftigkeit und Sachlichkeit ihrer Feststellung darunter leiden könnten. Mit Vorteil werden auch Bestimmungen über die Art der Bestellung der Schiedsgutachter, über die Person des Schiedsgutachters, z. B. in bezug auf seine Unparteilichkeit und Sachkenntnis, über eine eventuelle Ablehnbarkeit befangener Schiedsgutachter, die Folgen der Weigerung zur Abgabe des Gutachtens aufgenommen. Nicht zuletzt dürfte auch die Regelung der durch das Verfahren entstandenen Kosten (Kostenverteilung) angebracht sein¹⁴.

5. In früheren Versicherungsbedingungen war gelegentlich die im Schiedsgutachtervertrag eingeschlossene Klausel „unter Ausschluß des Rechtsweges“ zu treffen. Die Bestimmung lautete dann ungefähr so, daß Sachverständige unter Ausschluß des Rechtsweges über bestimmte Vor-

¹³ Z.B. deutsche allgemeine Bedingungen für Unfallversicherung, § 12 2a oder allg. Versicherungsbedingungen für Kraftfahrzeug-Versicherung, § 19 Ziff. 2a.

Im übrigen vgl. dazu die Beispiele unter § 1 II und III dieser Arbeit.

¹⁴ Zum Inhalt des Schiedsgutachtervertrages vgl. Bongartz, S. 24/25. Ueber Inhalt der Schiedsgutachterklausel in der Hagelversicherung vgl. von Marck, in ZVW Jg. 1909, S. 259.

aussetzungen des Versicherungsanspruches entscheiden sollen. Wenn der Klausel die Bedeutung zugelegt wird, daß vor dem Tätigwerden dieser Sachverständiger der Rechtsweg nicht beschritten werden könne, so muß sie mit der gleichen Begründung wie unter § 5 III (zu Anm. 19 und 20) als unstatthaft erklärt werden. Soll die Klausel ihre Berechtigung haben, so kann sie nur dahin ausgelegt werden, daß der Richter an die durch den Schiedsgutachtervertrag vorgeschriebene Art der Beweiserhebung und an das Schiedsgutachten gebunden ist, immer unter der Voraussetzung, daß es von keiner Partei angefochten wird¹⁵. Ein anderer Sinn, etwa der, daß durch sie eine prozeßhindernde Einrede oder Einwendung entstehe, kann der Klausel nicht gegeben werden.

III. Die Wirkungen des Vertrages

1. Der Schiedsgutachtervertrag ruft wie jeder andere für die Parteien Verpflichtungen hervor, die sich hier darin äußern, daß die Vertragsgegner hinsichtlich der den Schiedsgutachtern zur Beurteilung vorbehaltenen Fragen gebunden sind. Bei der Schadensermittlung im Versicherungsvertrag haben sie sich durch die Schiedsgutachterklausel auf eine bestimmte Ermittlungsart, auf ein bestimmtes Beweisverfahren festgelegt und sind daraus verpflichtet, im vorgeschriebenen Feststellungsverfahren, soweit nötig, mitzuwirken. Die Mitwirkungspflichten bestehen in erster Linie in der Berufung der Schiedsgutachter, in der Auskunfterteilung und dem Vorlegen der für die Arbeit der Schiedsgutachter notwendigen Unterlagen. Verletzt eine Partei die eine oder andere dieser Pflichten, ernannt sie vor allem in der fixierten Frist keinen Schiedsgutachter, so macht sie sich einer Vertragsverletzung schuldig; der Gegenpartei steht die Beschreitung des Rechtsweges offen (BIZR Bd. 25, 69; vgl. auch § 9 II Ziff. 2).

Wie die Leistungspflicht des Versicherers so werden auch diese Pflichten aus dem Schiedsgutachtervertrag erst mit dem Eintritt eines Schadensfalles aktuell und zwar nicht einmal in jedem Fall, nämlich dann nicht, wenn die Parteien selbst den Schaden übereinstimmend feststellen können, was nach den allgemeinen Versicherungsbedingungen erlaubt ist¹⁶. In diesem Fall dürfen sich die Parteien, falls es doch zu einem Prozeß über das Versicherungsverhältnis kommt, selbstverständlich nicht auf die Schiedsgutachterklausel berufen, da diese gar nicht zum Zuge gelangt ist. Der Richter ist nicht an die Schadensfeststellung durch die Parteien gebunden; er kann deren Resultat frei überprüfen.

¹⁵ Aehnlich Roelli-Jaeger, S. 485 N. 50. Andere Ansicht in SVA II 53; RGZ Bd. 10, 130.

¹⁶ Vgl. allgemeine Bedingungen für die Versicherung gegen Feuer-, Explosions- und Elementarschäden, Art. 17 IV: „Der Schaden wird entweder durch die Parteien selbst, durch einen gemeinsamen Experten oder im Sachverständigenverfahren festgestellt. Jede Partei kann die Durchführung des Sachverständigenverfahrens verlangen.“

Sobald aber eine Partei die Durchführung des Schiedsgutachterverfahrens verlangt — ein Streit über die fraglichen Tatsachen muß dabei nicht unbedingt vorausgesetzt werden —, so ist die Gegenpartei zu den genannten Handlungen verpflichtet.

Als wesentliche Wirkung aus dem Schiedsgutachtervertrag ist die Bindung der Parteien an den Ausspruch des Schiedsgutachters, vorbehaltlich der Anfechtung, festzuhalten.

2. Die Beweismatur der Schiedsgutachterklausel führt zu weiteren maßgeblichen Folgen. Die Ansicht, wonach die gerichtliche Klage vor stattgehabtem Schiedsgutachterverfahren mangels einer wesentlichen materiellen Voraussetzung der Klage abgewiesen werden müsse, ist bereits widerlegt worden (vgl. § 5 III). Klagt der Anspruchsberechtigte vor dem Vorliegen des Schiedsgutachtens, was in der Praxis eine seltene Ausnahme bilden wird, so darf die Klage nicht ohne weiteres abgewiesen werden. Es fehlt bei der Klageerhebung nicht an einer materiellen Voraussetzung der Klage (Zü. ZPO 240 I), sondern nur am Vorhandensein des durch die Schiedsgutachterklausel vereinbarten Beweismittels.

Gelegentlich herrscht die Auffassung, daß ein Gericht, wenn es schon über die Frage des Entschädigungsanspruches zu befinden habe, auch die ursprünglich dem Schiedsgutachter reservierten Objekte, also z. B. die Höhe des Schadens, durch gerichtliche Sachverständige feststellen lassen könne¹⁷. Die Ansicht wäre einigermaßen verständlich, wenn damit ausgedrückt werden sollte, daß ein begonnenes Prozeßverfahren, oder mindestens das laufende Beweisverfahren nicht durch ein außergerichtliches Verfahren aufgehoben oder gestört werden könne. Da aber das Bundesgericht die Beweismatur der Schiedsgutachterklausel nicht, oder wenigstens nicht direkt anerkennt, kann die Entscheidung nicht diesen Sinn haben.

Die Bindung des Richters an ein ordnungsgemäß erstattetes Schiedsgutachten ist allgemein zugelassen. Daraus darf doch wohl gefolgert werden, daß die Bindung auch in bezug auf die Art der Beweiserbringung besteht. Der Richter wird, wenn das Gutachten noch aussteht, nicht gerichtliche Sachverständige zur Beweisführung veranlassen, sondern im Beweisbescheid eine Frist ansetzen, innert welcher das Schiedsgutachten erbracht werden muß, denn er ist durch die Schiedsgutachtervereinbarung auch an die vertraglich festgelegte Art der Beweiserbringung gebunden. Ob er das Schiedsgutachterverfahren auch noch zulassen muß, wenn bereits ein gerichtliches Beweisverfahren angehoben ist, bleibt der Entscheidung im konkreten Fall vorbehalten. Die Frist zur Erstattung des Schiedsgutachtens soll so angesetzt sein, daß bei Weigerung einer Partei, die nötigen Vorkehrungen für die Abwicklung des Verfahrens zu treffen, diese auf gerichtlichem Wege dazu gezwungen werden kann. Wird der

¹⁷ BGE 36 II 334 ff., 37 II 444 ff.

Ausspruch der Schiedsgutachter durch andere, nicht im Verhalten der Parteien liegende Gründe verunmöglicht, so ist der Beweis durch Schiedsgutachten nicht erbracht. Der Richter ist nun an die Schiedsgutachterklausel nicht mehr gebunden. Es steht ihm frei, die fraglichen Tatsachen auf andere Weise feststellen zu lassen, was wohl kaum anders als durch Sachverständige geschehen kann¹⁸.

IV. Beendigung und Nichtigkeit des Vertrages

1. Die normale Beendigung eines Vertrages ist die Erfüllung. Auf den Schiedsgutachtervertrag angewandt bedeutet die Erfüllung das ordentliche Zustandekommen des Schiedsgutachtens. Für den konkreten Fall ist das Ziel des Vertrages erreicht, seine Wirkungen sind getan. Es liegt nun aber in der Natur der Schadensversicherungsverträge, in denen die Schiedsgutachterklauseln enthalten sind, daß sie durch den Eintritt des Versicherungsfalles normalerweise nicht untergehen. Ebenso verhält es sich mit der eingeschlossenen Schiedsgutachterklausel. Im Schadensfalle äußert sie ihre Wirkungen, geht dadurch aber nicht unter, sondern bleibt als Bestandteil des Hauptvertrages weiterhin bestehen, um in einem nächsten Schadensfalle wieder zum Zuge zu kommen. Desgleichen, wenn die Parteien in einem ersten Schadensfalle auf deren Anwendung verzichtet haben.

Umgekehrt verliert natürlich der Schiedsgutachtervertrag jede Bedeutung bei der Auflösung des Hauptverhältnisses. Die Parteien können aber auch in gegenseitigem Einverständnis, beim Versicherungsverhältnis durch schriftlichen Gegenvertrag, die Schiedsgutachterklausel außer Kraft setzen. Für den Fall, daß die Schiedsgutachter den Spruch nicht tun wollen oder können, sieht Gesetz und Praxis eine besondere Regelung vor (vgl. § 12 III).

Kann der Schiedsgutachtervertrag als prozessuales Rechtsgeschäft einseitig widerrufen werden? Gerade wenn man sich darauf stützt, daß im Prozeßrecht, mehr als im Zivilrecht, der ausgedrückte Wille, die Willenserklärung für Gericht und Gegenpartei von wesentlicher Bedeutung sei, darf der einseitige Widerruf nicht zugelassen werden, es sei denn, man habe das Rücktrittsrecht ausdrücklich vorgesehen¹⁹.

2. Wie privatrechtliche Verträge können auch prozeßrechtliche Verträge aus den in OR 20 (BGB 138) angeführten Gründen nichtig sein. Als unmöglich könnte der Inhalt des Schiedsgutachtervertrages dann bezeichnet werden, wenn z. B. als Schiedsgutachter eine Person aufgeführt würde, die zur Lösung der Aufgabe nicht die erforderlichen Fähigkeiten besitzt, also etwa nicht handlungsfähig ist oder nicht mehr lebt. Solche

¹⁸ Vgl. dazu Salinger und Marcus a.a.O.; Buchdahl, S. 31/32.

¹⁹ Kohler, S. 512; Knecht, S. 111. Vgl. auch unter I 2 zu Anm. 9 dieses Paragraphen.

Fälle sind jedoch praktisch von geringer Bedeutung. Dagegen besteht die Möglichkeit, daß der Vertragsinhalt widerrechtlich ist oder gegen die guten Sitten verstößt. Widerrechtlich wäre die Schiedsgutachterklausel z. B., wenn sie den Schiedsgutachtern Aufgaben zuteilen würde, die nur durch den Richter oder durch Schiedsrichter gelöst werden dürfen, z. B. der Entscheid über Rechtsansprüche. Am ehesten aber lassen sich Schiedsgutachterverträge denken, die in irgend einer Weise gegen die guten Sitten verstoßen²⁰.

Mit der Anwendung der privatrechtlichen Nichtigkeitsbestimmungen auf die Schiedsgutachterklausel wird eine gewisse Garantie gegen ihre mißbräuchliche Verwendung geboten und den Gegnern der Beweisvertragstheorie ein wichtiges Argument entzogen.

§ 9. Die Ernennung und Ablehnung der Schiedsgutachter

I. Die Eignung zum Schiedsgutachter

Nicht jedermann ist für das Amt des Schiedsgutachters geeignet. Am allerwenigsten die Parteien, denn könnten sie selber als solche tätig werden, so wäre das Institut des Schiedsgutachters hinfällig. Ihnen fehlt vor allem die wesentliche Eigenschaft der Unparteilichkeit.

An den Schiedsgutachter werden Anforderungen gestellt, die er nur dank seiner besonderen Fähigkeiten, seiner geschärften Urteils- und Bewertungsfähigkeit und seiner speziellen Sachkundigkeit befriedigen kann. Die Parteien werden also bei der Auswahl von Schiedsgutachtern Personen aussuchen müssen, die solchen erhöhten Anforderungen zu entsprechen vermögen.

In der folgenden Betrachtung sollen nun diejenigen Eigenschaften hervorgehoben werden, die dem Schiedsgutachter, abgesehen von der Mündigkeit und dem Besitz der bürgerlichen Ehren und Rechte (vgl. zü.ZPO 363), eigen sein müssen.

1. Als erste Fähigkeit muß eine außergewöhnliche *Sachkenntnis* vorausgesetzt werden. Diese Sachkunde gehört zum Schiedsgutachter wie die Gesetzeskenntnis zum Richter. Es kann nicht generell gesagt werden, auf welche Sachgebiete sie sich beziehen soll, da der Schiedsgutachter in bezug auf die ihm im konkreten Fall gestellte Aufgabe sachkundig sein muß. Wenn in Hagel- und Feuerversicherungsverträgen zur Lösung bestimmter Aufgaben „Sachverständige“ vorgesehen sind — übrigens ein Hinweis darauf, daß vom Schiedsgutachter Sachkundigkeit verlangt wird.

²⁰ Dazu Knecht, S. 105. Vgl. § 7 II am Schluß.

— so wäre es unangebracht, vom Sachverständigen, der einen Feuerschaden zu beurteilen hat, die gleichgerichtete Sachkenntnis zu erwarten, wie vom Sachverständigen, der den Schaden aus Hagelschlag bemessen soll. Art und Umfang von Unfallfolgen wird nur der Arzt dank seiner medizinischen Kenntnisse sachgemäß beurteilen können. Die Sachkundigkeit versteht sich also immer in bezug auf die im Einzelfall gestellten Anforderungen.

Die Sachkunde allein, d. h. die besondere Branchen- und Berufskennntnis, die besondere Kenntnis technischer oder wirtschaftlicher Vorgänge und Beziehungen etc., genügt zur schiedsgutachtlichen Tätigkeit noch nicht. Wer eben eine Berufslehre oder ein Fachstudium absolviert hat, verfügt gewiß über Kenntnisse, die dem Laien nicht geläufig sind. Ihm würde aber zur Ausübung eines Schiedsgutachteramtes noch ein Wesentliches fehlen, die Erfahrung. Zur reinen Sachkunde hinzu muß noch die durch längere Tätigkeit in diesem Sachgebiet erworbene Erfahrung treten. Sachkenntnis und Erfahrung zusammen ergeben dann die nötige Sachverständigkeit. Erst wer diese Eigenschaften in sich vereinigt, ist u. E. als Schiedsgutachter geeignet.

Nicht überall wird solches Gewicht auf die Sachverständigkeit gelegt. Man glaubt, auch ein Nichtsachverständiger könne ein wirksames Schiedsgutachten erstatten, gibt aber sofort zu, daß ein nicht sachgemäßes Feststellungsergebnis als offenbar unrichtig erscheinen möge und deshalb unverbindlich sei¹. Warum die Vertreter dieser Ansicht vom Schiedsgutachter keine Sachverständigkeit verlangen, wenn sie doch selber die dadurch entstehende Gefahr, daß das Schiedsgutachten als offenbar unrichtig angefochten werden kann, anerkennen, ist unverständlich. Diese Gefahr wird dadurch erheblich vermindert, daß man beim Schiedsgutachter Sachverständigkeit voraussetzt. Natürlich wird es in einzelnen Fällen möglich sein, daß auch eine Person, die nicht als sachverständig im üblichen Sinn betrachtet wird, ein richtiges Gutachten erstattet; zu mindest aber für diesen speziellen Fall war sie dann eben doch sachverständig.

Was wollen die Parteien mit der Vereinbarung eines Schiedsgutachtervertrages denn erreichen? Die allein richtige, sachgemäße Beurteilung einer Tatsache, eines Schadens. Wer wäre aber zu solcher Beurteilung besser geeignet, als ein Sachverständiger, der aus seiner Sachkenntnis und Erfahrung heraus einen Maßstab gewonnen hat, anhand dessen er in der Lage ist, die oft auf Ermessensfragen hinauslaufende Feststellung zu treffen.

*Weismann*² betont trefflich: „Der Arbitrator soll, wie der Sachverständige im Prozeß, durch nichts anderes geleitet sein, als durch seine

¹ Prölss, a.a.O. S. 163 ff. Anm. 5; Raiser a.a.O. S. 349 Anm. 14.

² A.a.O. S. 297, 304. Aufgenommen von Eckert, S. 20 und Meckenstock, S. 19 usw. — Starke Betonung der Sachkundigkeit durch Ebrenzweig, *Versicherungsvertragsrecht* I 1935, S. 352 ff. A.

Erfahrung; auf Sachkenntnis, und nur auf solcher, soll sein Spruch beruhen; gerade darin besteht seine Bedeutung... Mit Rücksicht auf seine Sachkunde ist er bestellt, und nicht weiter reicht seine Macht, als seine Sachkunde reicht“.

Nimmt man diesen Standpunkt ein, so ist damit auch dem alten Streit, ob der Schiedsgutachter nach billigem Ermessen oder freiem Belieben zu urteilen habe, ein Ende bereitet. Bei ausdrücklicher Vereinbarung kommt für den Dritten nach BGB 317 ff. freies Belieben in Betracht; der Schiedsgutachter dagegen hat seinen Spruch immer nach sachgemäßen Erwägungen zu tun.

2. Zur Eignung für das Schiedsgutachteramt gehört weiter die Unparteilichkeit. Auch hier weist schon die Bezeichnung des Dritten als Schiedsgutachter auf diese Eigenschaft hin. Unter dem Begriff „Unparteilichkeit“, — übrigens weitgehend gleich zu deuten mit „Unbefangenheit“ —, ist die Unabhängigkeit von den Parteien zu verstehen. Der Schiedsgutachter ist nur dann in der Lage, ein unparteiisches Gutachten abzugeben, wenn er mit der einen oder anderen Partei weder in einem Verwandtschafts- oder Freundschaftsverhältnis noch in einem dienstlichen oder beruflichen Abhängigkeitsverhältnis steht³.

Da die allgemeinen Versicherungsbedingungen meistens keine Bestimmung über die Befangenheit der Schiedsgutachter enthalten, hat die Frage, ob die Unbefangenheit als wesentliche Eigenschaft gewertet werden müsse, in der Literatur zu Auseinandersetzungen geführt. So wird etwa ausgeführt, es müsse als stillschweigende Vereinbarung angenommen werden, „daß jede Partei nur solche Sachverständige ernennen darf, die bei gerichtlicher Beweisaufnahme als taugliche Sachverständige gelten“⁴. Wenn auch diese Ansicht die Auswahl der Schiedsgutachter in zu enge Grenzen zwingt, darf doch ihr richtiger Kern nicht übersehen werden. Der Grundsatz des Zivilprozeßrechtes, daß nur derjenige als gerichtlicher Sachverständiger tätig werden könne, der als Richter nicht abgelehnt werden müßte (vgl. zü. ZPO 214), kann in ähnlicher Weise auch auf den Schiedsgutachter zur Anwendung kommen. Für den Schiedsgutachter, besonders in der Funktion des Obmannes, werden also die Ausstands- und Ablehnungsgründe des Richters (vgl. zü. GV 112/113) im allgemeinen ebenfalls gelten.

Der Anwendung dieser Prinzipien sind allerdings dadurch Grenzen gesetzt, daß die Schiedsgutachter normalerweise nicht durch ein objektives Gericht, sondern durch die Parteien ernannt werden. Eine gewisse Subjektivität bei der Auswahl läßt sich daher nicht vermeiden⁵, wird aber, wenn sie nicht auf eine wider Treu und Glauben verstoßende Art

³ Clasen, in JRPV Bd. 4, S. 341.

⁴ Josef, in ZVW 1911, S. 803. Roelli-Jaeger, N. 25 zu VVG 67 befürworten dies für den Obmann einer mehrköpfigen Sachverständigen-Kommission. Dagegen Ritter, S. 907 Anm. 17.

⁵ Ritter, S. 908 Anm. 17; Raiser, S. 350 Anm. 15.

hinausläuft, auf die sachgemäße Erstattung des Schiedsgutachtens keinen wesentlichen Einfluß ausüben. Denn der Umstand, daß in der Praxis die Parteien je einen Schiedsgutachter, und diese einen Obmann ernennen, bietet genügend Gewähr für ein im gesamten unparteiisches Vorgehen. Wird jedoch ein gemeinsamer Einzelschiedsgutachter bestimmt, was praktisch selten ist, so wird, falls dieser nicht absolut unbefangen ist, die Gefahr eines partiischen Entscheids erheblich größer. Dasselbe gilt für einen befangenen Obmann in starkem Maße.

In den neuesten schweizerischen allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen ist man nun dazu übergegangen, diese Frage vertraglich zu regeln. Danach können Personen, „denen es an der nötigen Sachkenntnis fehlt oder die mit einer Partei verwandt oder sonst befangen sind“, als Schiedsgutachter abgelehnt werden. Damit wird für den Schiedsgutachter sowohl Sachverständigkeit als auch Unbefangenheit grundsätzlich vorausgesetzt.

Es bleibt lediglich noch die Aufgabe, die Kriterien, welche für den Begriff der Befangenheit maßgebend sind, herauszuschälen. Einmal wird erklärt, daß als Schiedsgutachter Vertrauenspersonen bestimmt werden dürfen, wie z. B. der Vertrauensarzt einer Versicherungsgesellschaft oder der Hausarzt des Versicherten⁶. Dagegen könne eine Firma nicht ihren eigenen Betriebsleiter als Schiedsgutachter beordern, da dieser durch das Untergebenenverhältnis befangen sei⁷. Weitere Befangenheitsgründe werden darin erblickt, daß der Versicherungsnehmer seinem Schiedsgutachter ein der festgestellten Entschädigungssumme prozentual entsprechendes Honorar verspricht, daß der Schiedsgutachter einen schlechten Leumund besitzt oder daß er durch unehrliches Gebahren im Geschäftsleben bekannt ist usw.⁸. Auch hier muß, neben den feststehenden Befangenheitsgründen der verwandtschaftlichen Beziehungen etc., auf den konkreten Fall abgestellt werden, um beurteilen zu können, ob ein Schiedsgutachter befangen ist oder nicht.

Im allgemeinen muß also der Schiedsgutachter, mindestens aber der Obmann, Gewähr für ein unparteiisches Handeln bieten. Daß die Parteien selbst für die Ausübung der schiedsgutachtlichen Tätigkeit denkbar ungeeignet sind, ist damit endgültig klargestellt⁹.

II. Die Ernennung von Schiedsgutachter und Obmann

Gesetzliche Bestimmungen über die Art der Bestellung von Schiedsgutachtern existieren nicht. Die Parteien haben daher freie Hand, das

⁶ RGZ Bd. 69, 169. Unterstützt von Josef, in ZVW 1911, S. 805 und Fuld, in Assek. Jahrb. 33, S. 32.

⁷ Tasche, in Leipz.Z. 1911, S. 264.

⁸ Raiser, a.a.O.

⁹ Vgl. auch Weismann, S. 318; Ritter, S. 907 Anm. 17 etc.

Vorgehen bei der Ernennung nach ihrem Gutdünken zu vereinbaren. Sie werden vor allem auch festlegen, unter welchen Voraussetzungen die Ernennung zu vollziehen ist. Die Vorschriften darüber sind in den einzelnen Versicherungszweigen verschieden. In den allgemeinen Bedingungen für Unfallversicherung ist die Einberufung der „Aerztekommision“ für den Fall vorgesehen, daß zwischen den Parteien Uneinigkeit „über Art und Umfang der Unfallfolgen, oder darüber, ob und in welchem Umfang der eingetretene Schaden auf den Versicherungsfall zurückzuführen ist“, herrscht. In der Feuerversicherung genügt dagegen die Erklärung einer Partei, daß sie ein Schiedsgutachterverfahren verlange, um die Ernennungspflicht zu aktualisieren.

1. Selten werden sich die Parteien bereits im Vertrag auf eine bestimmte Person einigen, obschon dies an sich zulässig wäre. Die Methode hat aber den großen Nachteil, daß beim Tode der Person oder bei sonstiger Unmöglichkeit, das Amt anzunehmen, der Schiedsgutachtervertrag hinfällig würde. Vielmehr werden die Parteien nur Bestimmungen über die Art der Bestellung, nicht aber über die Person des Schiedsgutachters erlassen, um dann im Moment des vom Vertrage vorgesehenen Falles die Schiedsgutachter ad hoc zu bestimmen.

Es ist gestattet, daß sich die Parteien auf einen einzigen, gemeinsam auserkorenen Schiedsgutachter festlegen; doch wird diese Möglichkeit sehr selten und im Versicherungsrecht überhaupt nicht angewandt. Als unerlaubt muß dagegen eine Vereinbarung abgelehnt werden, die einer Partei allein das Recht, also ein Vorrecht, einräumt, den Schiedsgutachter zu wählen¹⁰. Damit wären dem Institut alle Chancen gegeben, zu einem Machtmittel der stärkeren Partei zu werden.

Einem Kollegium von Schiedsgutachtern wird nach heutigem Rechtsempfinden mehr Vertrauen entgegen gebracht, als einem einzelnen; so gut wie man im allgemeinen ein Richterkollegium einem Einzelrichter vorzieht. So sehen sozusagen alle Versicherungsbedingungen „Sachverständigenkommissionen“ vor, wobei beiden Parteien bei der Wahl gleiche Rechte zustehen. „Jede Partei ernennt zu Protokoll oder schriftlich einen Sachverständigen“¹¹. Aus dieser Regelung geht die klare Absicht hervor, keiner Partei ein Vorrecht einzuräumen. Eine Vereinbarung, die das doch zuließe, müßte als gegen die guten Sitten verstößend nichtig sein¹².

In der Praxis wird die Ernennung der Schiedsgutachter mit dem Ausfüllen eines von der Versicherungsgesellschaft eigens hiefür geschaffenen Formulars vollzogen. In dieses werden neben einer Reihe von Angaben über das Schadensereignis die Namen der von Versicherer und Versiche-

¹⁰ Meckenstock, S. 23 und Weismann, S. 317, sind gegenteiliger Ansicht, ohne dies jedoch zu begründen.

¹¹ Allgemeine Feuerversicherungsbedingungen für die Schweiz (Art. 18) und für Deutschland (§ 15).

¹² BGE 26 II 765 E. 3; 31 II Nr. 88.

rungsnehmer erwählten Schiedsgutachter eingetragen. Mit der gegenseitigen Unterschrift der Parteien ist die Ernennung perfekt. Sie sind im allgemeinen an diese Bestellung gebunden und können nicht willkürlich darauf zurückkommen, da dadurch das unabhängige Funktionieren der Schiedsgutachter in unzulässiger Weise gestört werden könnte¹³. Die dem Formular angefügte „Erklärung der Sachverständigen“, wo diese die Annahme des Amtes zu bestätigen haben, hat auf die Ernennung selbst keinen Einfluß.

Mangels vertraglicher Regelung darf angenommen werden, daß die Vorschriften über die Ernennung von Schiedsrichtern (vgl. zü. ZPO 362 bis 364) analog zur Anwendung gelangen können; denn auch die Bestimmungen in den allgemeinen Versicherungsbedingungen entsprechen jenen in den meisten Fällen.

2. Im Momente, wo die vorn erwähnten Voraussetzungen eingetreten sind, entsteht für die Parteien die Verpflichtung zur Bestellung der Schiedsgutachter. Sie ist eine Rechtspflicht, deren Verletzung der Gegenpartei das Recht zur gerichtlichen Klage gibt¹⁴. Praktisch wird aber eine solche Klage nicht nötig sein, da die allgemeinen Versicherungsbedingungen für den Fall der Weigerung einer Partei besondere Maßnahmen statuieren. Die säumige Partei wird von der anderen schriftlich aufgefordert, ihren Schiedsgutachter innert 14 Tagen zu ernennen. Die bloße Nennung des Schiedsgutachters, dessen ungeachtet, ob dieser das Amt annehmen wird oder nicht, soll als Innehaltung der Frist gelten¹⁵. Kommt sie aber dieser Aufforderung nicht nach, so wird der Schiedsgutachter „auf Antrag der anderen Partei durch den Präsidenten des erstinstanzlichen Gerichtes am Orte, für den die Police in ihrem Hauptbetrage gilt, ernannt“ (schweiz. Feuerversicherungsbedingungen Art. 18 Ziff. 1). Nach deutschem Feuerversicherungsrecht soll der zweite Sachverständige in diesem Falle durch das Amtsgericht am Schadensorte bestellt werden. Die deutschen allgemeinen Bedingungen für Unfallversicherung nennen den Vorsitzenden der für den Sitz der Versicherungsgesellschaft zuständigen Aerktekammer. Und endlich kann nach deutschem Seeversicherungsrecht die Handelskammer, in deren Gebiet sich das Schiff befindet, um Ernennung ersucht werden.

Einen Spezialfall hat man dann vor sich, wenn sich der Versicherer aus dem Grunde weigert, seinen Schiedsgutachter zu ernennen, weil er seine Leistungspflicht grundsätzlich bestreitet. Dieses Verhalten ist nur zum Teil verständlich, denn er gibt ja mit der Beteiligung am Ermitt-

¹³ BIZR Bd. 26, 63, in bezug auf die Ernennung von Schiedsrichtern; ebenso Weismann, S. 318. — Dagegen RGZ Bd. 152, 201 E. 2: Bei gehöriger Begründung soll ein Schiedsgutachter ersetzt werden können.

¹⁴ Bruck, S. 448 und dort Angeführte (Anm. 206).

¹⁵ Josef, in Assek. Jahrb. Bd. 41, S. 82, wo er sich mit den Gegenargumenten zu dieser Ansicht auseinandersetzt.

lungsverfahren nicht seine Leistungspflicht grundsätzlich zu. Es scheint für den Versicherer zweckmäßiger zu sein, das Schiedsgutachterverfahren einzuleiten, und erst dann die Verpflichtung dem Grunde nach zu bestreiten. Andererseits kann er sich durch eine Weigerung die Kosten und Umstände dieses Verfahrens ersparen. Der Versicherungsnehmer hat dann die Möglichkeit, entweder seinen Anspruch gerichtlich feststellen zu lassen, wobei die Höhe nachträglich durch Schiedsgutachter ermittelt würde, oder sofort auf Leistung zu klagen, in welchem Fall das Gericht die Höhe des Schadens selbst feststellen kann¹⁶.

Im deutschen Recht ergibt sich für den Richter die gesetzliche Verpflichtung, u. U. an Stelle der Parteien einen Schiedsgutachter zu ernennen, aus dem Versicherungsvertragsgesetz, § 64 II. Das schweizerische Versicherungsrecht kennt keine ähnliche Bestimmung, trotzdem wird der Richter eine solche Ernennung anstelle der Parteien vornehmen. Das Reichsgericht hat aber in einem Fall¹⁷ seine Verpflichtung zur Ernennung eines Schiedsgutachters verneint, mit der Begründung, es sei nicht dazu da, zur Erledigung eines Streites beizutragen, der nicht durch den Richter selber beurteilt werde.

5. So wie das Schiedsgericht stets eine ungerade Zahl von Mitgliedern aufweisen muß, sofern sich die Parteien nicht auf einen einzigen Schiedsrichter einigen (vgl. zü. ZPO 362 II), soll auch das Schiedsgutachterkollegium mit einer ungeraden Zahl von Schiedsgutachtern besetzt sein^{17a}. Jede Partei ernennt je einen Schiedsgutachter, der Obmann aber wird von diesen gewählt. Der Zeitpunkt, in dem der Obmann zu bestellen ist, muß im Vertrage vereinbart sein. Mit Ausnahme der Seeverversicherungsbedingungen bestimmen die übrigen, daß der Obmann vor dem Beginn des Verfahrens zu ernennen sei. Die ersten verlangen seine Einberufung erst dann, wenn sich die Schiedsgutachter über das Ergebnis ihrer Tätigkeit nicht einigen können, schließen aber die Ernennung vor dem Feststellungsverfahren nicht aus.

Die Ernennung des Obmanns erfolgt nach Maßgabe des Vertrages auf dem vorn genannten Formular und wirkt bindend, sobald die Parteien davon Kenntnis erhalten haben. Sind sich die Schiedsgutachter über die Person des Obmannes nicht einig oder beginnen sie das Schadensermittlungsverfahren vor dessen vorherigen Benennung, so ist der gleiche Richter zur Ernennung befugt, der bei Weigerung einer Partei deren Schiedsgutachter bestellt. Dazu können eine Partei oder beide zusammen Antrag stellen¹⁸. Im übrigen ist eine hievon abweichende Regelung, wie in den

¹⁶ Roelli-Jaeger, S. 472 N. 24; „D.“, in JRPV 1929, S. 365; Clasen, in JRPV Bd. 5, S. 55.

¹⁷ RGZ Bd. 94, 172 ff.

^{17a} Nicht in jedem Fall wird auch der Obmann tatsächlich in das Verfahren eingreifen, nämlich dann nicht, wenn die Schiedsgutachter bei der Schadensbemessung einig sind. Trotzdem verlangen die meisten Versicherungsbedingungen, daß er von Anfang an bestellt ist. Vgl. auch § 11 III Ziff. 1.

¹⁸ Raiser, S. 349 Anm. 13 und andere.

deutschen allgemeinen Unfallversicherungsbedingungen, möglich. Bevor im Seeversicherungsrecht ein unabhängiger Dritter (z. B. der Konsul des Heimatstaates) den Obmann ernennen kann, haben die zwei Schiedsgutachter je einen dritten Sachverständigen zu bestimmen, unter denen das Los entscheidet¹⁹.

Nicht zulässig kann jedoch eine Vereinbarung sein, die im Zweifelsfalle einer Partei das Recht zur Wahl des Obmannes überläßt.

III. Die Ablehnung eines Schiedsgutachters

Seitdem in den schweizerischen allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen (Art. 18 Ziff. 2) eine Bestimmung über die Ablehnbarkeit unsachverständiger und befangener Schiedsgutachter aufgenommen ist, gestalten sich die Verhältnisse für uns einfach. Ein Schiedsgutachter kann aus den genannten Gründen von der Gegenpartei, der Obmann von jeder Partei abgelehnt werden, und zwar muß dies sofort ausdrücklich geschehen, da Stillschweigen Verzicht auf die Ablehnung bedeutet. Wird bestritten, daß ein Ablehnungsgrund vorliege, so entscheidet der für die Ernennung eines Schiedsgutachters bei der Weigerung einer Partei zuständige Richter und ernennt, bei Gutheißung der Ablehnung, den Schiedsgutachter oder Obmann selber.

Auch im deutschen Recht wird die Ablehnung eines Schiedsgutachters, dem es an Sachkenntnis fehlt, mindestens aber die Anfechtung des unter Mitwirkung solcher Schiedsgutachter zustande gekommenen Gutachtens zugelassen²⁰. Dagegen ist der Ablehnungsgrund der Befangenheit umstritten. Häufig wird die Ansicht geäußert, daß bei fehlender ausdrücklicher Vereinbarung über die Ablehnbarkeit nicht einfach eine „stillschweigende Vereinbarung“ angenommen werden dürfe, wo nach ein Recht zur Ablehnung befangener Schiedsgutachter bestehe. Ebenso sei ein befangener Schiedsgutachter nicht einfach nach dem Grundsatz von Treu und Glauben abzulehnen²¹. Einige Autoren wollen von einer sofortigen Ablehnung, sofern nicht die Befangenheit als Ablehnungsgrund vertraglich vorgesehen, nichts wissen. Sie lassen die Befangenheit aber als Anfechtungsgrund am Schluß des Verfahrens gelten²². Dieser Ansicht ist auch das Reichsgericht, denn es sieht die Sicherung der Parteien vor einem unbilligen Schiedsgutachterentscheid nicht in der Ablehnbarkeit befangener Schiedsgutachter, sondern in den Umständen, daß das Gutachten in bezug

¹⁹ Ritter, S. 910 Anm. 25.

²⁰ Ritter, S. 906 Anm. 16; Raiser, S. 549 Anm. 14.

²¹ Schneider, in Leipz.Z. 1909, S. 903 ff. Vgl. auch unter I 2 dieses Paragraphen.

²² Rau, in ZVW 1905, S. 275 ff. II; Fuld, in Assek.Jahrb. Bd. 35, S. 31.

Roelli-Jaeger, S. 473 N. 25, stützen ihre entsprechende Ansicht auf die „übereinstimmende deutsche Doktrin und Praxis“, die aber in dieser Frage in Wirklichkeit keineswegs so einheitlich ist.

auf das sachverständige und billige Ermessen vom Richter überprüft werden könne, und zu seinem Zustandekommen Einstimmigkeit unter den Schiedsgutachtern herrschen müsse²³.

Diesem Standpunkt kann nicht beigetreten werden. Denn es geht bei der Ablehnbarkeit wegen Befangenheit nicht nur darum, die Parteien vor einem unbilligen Entscheid zu schützen, sondern durch die Ablehnbarkeit soll von Anfang an ein Verfahren verhindert werden, das in vielen Fällen am Schluß ohnehin als parteiisch und unsachlich angefochten würde. Dieser Umweg über das Schiedsgutachterverfahren mit nachträglicher Anfechtung läßt sich ersparen, wenn man analog der Regelung im Zivilprozeßrecht für Richter (Schiedsrichter und Prozeßsachverständige) die Ablehnung befangener Schiedsgutachter gestattet, falls darüber keine vertraglichen Bestimmungen vorliegen.

In jüngerer Zeit wird die Ablehnung wegen Befangenheit gelegentlich als zulässig betrachtet, allerdings mit beschränkter Wirkung und nur dann, wenn sich die Befangenheit als erheblich und für den objektiven Beobachter auffallend erweist²⁴. Ist einer Partei die Befangenheit des von der Gegenpartei ernannten Schiedsgutachters bekannt, so hat jene sofort zu widersprechen, da Stillschweigen als Zustimmung ausgelegt wird. Anerkennt die andere Partei die Befangenheit ihres Schiedsgutachters, so muß ihr Gelegenheit geboten sein, einen anderen zu bestellen. „Besteht dagegen Streit über die Zulässigkeit der Ablehnung, so kann darüber nicht etwa eine Entscheidung des zuständigen Amtsgerichtes beantragt werden“, glaubt Raiser (a. a. O.). Die Frage der Befangenheit könne erst anläßlich eines gerichtlichen Verfahrens über die Entschädigungsforderung geltend gemacht werden. Nicht werde durch die Ablehnung die Erstattung des Schiedsgutachtens gehindert, sondern „nur die Möglichkeit späterer Geltendmachung seiner Unverbindlichkeit gewahrt“²⁵.

Es ist nicht einzusehen, warum bei Anerkennung der Befangenheit ein neuer Schiedsgutachter, resp. Obmann zu ernennen ist, dagegen bei Bestreitung nicht sofort die Zulässigkeit der Ablehnung durch den Richter festgestellt werden könnte. Die Lösung, wie sie in den schweizerischen allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen besteht, kann in dieser Hinsicht als vorbildlich angesprochen werden. Sie wurde auch schon in der deutschen Doktrin vereinzelt vertreten²⁶.

²³ RGZ Bd. 152, 201 ff. E. 2 und 3; Bd. 45, 350.

²⁴ Raiser, S. 349 Anm. 15. Aber auch schon Josef. in ZfW 1911, S. 807 (Zusammenfassung) und Tasche, in Leipz.Z. 1911, S. 264.

²⁵ Raiser, S. 350 Anm. 15.

²⁶ Bruck, S. 449; Ritter, S. 907 Anm. 17. Weiler, S. 15 b, vertritt dieselbe Lösung für das arbeitsgerichtliche Schiedsgutachterwesen.

In RGZ Bd. 69, 167 E. 1 läßt das Reichsgericht die Ablehnung eines Schiedsgutachters zu, wenn dieser zu seiner Partei in einem Abhängigkeits- oder Unterordnungsverhältnis steht.

§ 10. Das Rechtsverhältnis zwischen Schiedsgutachter und Parteien

I. Das Vertragsverhältnis

Obschon dieses Rechtsverhältnis in der Praxis eine wichtige Rolle spielt — seine Wirkungen zeigen sich z. B. dann, wenn ein Schiedsgutachter seine Aufgabe nicht richtig erfüllt —, bestehen darüber weder gesetzliche Vorschriften, noch ist es in den Schiedsgutachterverträgen, resp. in den allgemeinen Versicherungsbedingungen erwähnt. Wiederum muß also die Wissenschaft und Rechtssprechung im Sinne der Lückenfüllung einspringen.

Die Ernennung zum Schiedsgutachter verpflichtet diesen zunächst zu nichts, denn im Moment steht er noch zu keiner Partei in vertraglicher Beziehung. Die Berufung kommt lediglich der Ermächtigung gleich, als Schiedsgutachter tätig zu werden. Erst mit der Annahme des Amtes entsteht zwischen Schiedsgutachter und Partei ein Vertragsverhältnis.

Zwischen diesem Verhältnis (einem Verpflichtungsvertrag) einerseits und der bloßen Ernennung oder dem Schiedsgutachtervertrag andererseits muß genau unterschieden werden. Bei der Ernennung handelt es sich um eine Pflicht der Parteien aus dem Schiedsgutachtervertrag. Dagegen ist der Schiedsgutachter auf Grund seines Vertragsverhältnisses mit den Parteien verpflichtet¹. In der folgenden Betrachtung soll also ausschließlich von diesem letzten Vertragsverhältnis die Rede sein. Zunächst interessieren die Fragen, zwischen welchen Personen des Schiedsgutachtervertrages dieses Rechtsverhältnis entsteht und welcher Art es ist.

1. Es sind zwei Auffassungen möglich, wem gegenüber der Schiedsgutachter durch die Annahme des Auftrages verpflichtet sei. Im deutschen Recht herrscht die mehrheitliche Ansicht, daß er sowohl mit der ernennenden als auch mit der Gegenpartei in einem Vertragsverhältnis stehe, denn er handle ja im Interesse beider Parteien². Eine gewisse Berechtigung kann diesem Standpunkt nicht abgesprochen werden, denn würde z. B. ein Schiedsgutachter im Einverständnis seines Bestellers seine übernommenen Pflichten vernachlässigen, so würde die Gegenpartei für den Fall, daß zwischen ihr und dem Schiedsgutachter kein Rechtsverhältnis

¹ Bongartz, S. 30, in ausführlicher Weise.

² Weismann, S. 320; Gottschalk, in JW 1929, S. 2039; Clasen, in JRPV Bd. 4 S. 355; Ehrenzweig, Versicherungsvertragsrecht I 1935, S. 352 ff. B b 6 etc.

RGZ Bd. 87, 194: „Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht annimmt, der Beklagte (Schiedsgutachter) habe . . . nicht nur dem Streitteile, der ihn zugezogen hat, sondern beiden Teilen gegenüber die Verpflichtung übernommen, die . . . gestellte Aufgabe durchzuführen.“ (zit. bei Bongartz, S. 34). Aehulich RGZ Bd. 94, 212.

bestände, einer solchen Situation machtlos gegenüberstehen. Dem gegenüber verneint *Jaeger*³ ein Verhältnis zwischen dem Schiedsgutachter und der Gegenpartei, denn der Schiedsgutachter werde im allgemeinen den Standpunkt der ihn ernennenden Partei vertreten und es dem Obmann überlassen, zwischen den Parteistandpunkten auszugleichen. „Soweit aus der Verzögerung des Schiedsgutachters in der Ausführung des ihm übertragenen Mandates der andern Partei ein Schaden entsteht, muß diejenige, die ihn ernannt und ihn zur Erfüllung seiner ihr gegenüber eingegangenen Pflichten anhalten kann, dafür einstehen...“. Wenn *Jaeger* aber allein daraus, daß die Parteien vielfach vereinbaren, jede habe den von ihr ernannten Schiedsgutachter zu honorieren, auf den Parteiwillen schließt, daß er mit der andern Partei nicht in einem Vertragsverhältnis stehen soll, so scheint eine solche Argumentation doch nicht ganz überzeugend. Nur aus dieser speziellen Regelung der Kostenverteilung darf nicht auf einen allgemein in dieser Richtung laufenden Parteiwillen geschlossen werden.

Die Rechtsstellung des Obmannes ist wesentlich klarer. Zwischen ihm und den Parteien besteht ein Rechtsverhältnis, obschon er von diesen nicht direkt ernannt worden ist. Bestimmt ist er als dritter und gleichsam neutralster Schiedsgutachter beider Parteien zur sorgfältigen Besorgung des angenommenen Auftrages verpflichtet. Mit den übrigen Schiedsgutachtern steht er in keinem Rechtsverhältnis, zu mindest nicht in einem Verpflichtungsverhältnis⁴.

2. Ueber die rechtliche Natur des Rechtsverhältnisses zwischen Schiedsgutachter und Parteien herrschen verschiedene Ansichten. Man ist sich einzig darüber einig, daß es eine Art des Auftrages darstellt. Es werden Dienst- und Werkvertrag genannt, nämlich dann, wenn es sich um einen entgeltlichen Auftrag an die Schiedsgutachter handle; der einfache Auftrag, wenn er unentgeltlich sei. Als Werkvertrag müsse das Rechtsverhältnis namentlich dann betrachtet werden, wenn das Gewicht weniger auf die Tätigkeit der Schiedsgutachter, als auf das Ergebnis, das Schiedsgutachten, gelegt sei⁵. Andere Autoren wollen lediglich die Grundsätze über den Auftrag (OR 394 ff.) zur Anwendung bringen⁶.

Es hält schwer, sich der einen oder anderen vorbehaltlos anzuschließen. Am ehesten scheint uns aber die Auffassung gerechtfertigt, wonach es sich um einen Vertrag *sui generis* handelt, für den ähnliche Regeln gelten wie für den Schiedsvertrag. Dazu lassen sich wohl die Bestimmungen über den Auftrag mit wenigen Ausnahmen anwenden⁷.

³ Roelli-Jaeger, S. 474 N. 26; für den Obmann werden die Verpflichtungen beiden Parteien gegenüber anerkannt.

⁴ Clasen, a. a. O. S. 355.

⁵ Eckert, S. 22/23; Bongartz, S. 30/31; etc.

⁶ Z. B. Roelli-Jaeger, S. 473 N. 26.

⁷ Aehnlich: Weiler, S. 16; Raiser, S. 351 Anm. 16; Ritter, S. 909 Anm. 20; Bruck, S. 450. Die wichtigste Ausnahme besteht darin, daß der Schiedsgutachter nicht an einseitige Weisungen einer Partei gebunden ist. Vgl. dazu unter II zu Anm. 11 und § 11 I Abs. 2. OR 397.

II. Die Rechte und Pflichten des Schiedsgutachters

Durch die Ernennung wird der Schiedsgutachter ermächtigt, ein verbindliches Schiedsgutachten abzugeben; es handelt sich vorerst um ein bloßes Recht, in dieser Richtung tätig zu werden. Mit der Annahme des Auftrages, die in der Praxis der Ernennung meistens auf den Fuß folgt, entsteht aber auch die Verpflichtung dazu. Es ist nicht richtig, wenn z. B. *Meckenstock*⁸ behauptet, daß der Schiedsgutachter lediglich auf Grund einer Ermächtigung handle. Seine Tätigkeit sei in der Regel ein reiner Gefälligkeitsdienst; die Befugnis, als Schiedsgutachter tätig zu sein, stelle nur ein Recht dar, nicht eine Verpflichtung. Diese Behauptung wird vor allem auf das Fehlen von gesetzlichen Bestimmungen, wonach der Schiedsgutachter zur Abgabe seiner Erklärung gezwungen werden könnte, gestützt. Die Ansicht steht ziemlich vereinzelt da, weil sie eben jeder annehmbaren Grundlage entbehrt.

1. Vielmehr verpflichtet sich der Schiedsgutachter mit der Annahme des Auftrages, die ihm übertragene Aufgabe, ein Schiedsgutachten zu erstatten, sorgfältig und sachgemäß zu lösen. Er wird bei Verletzung dieser Pflicht, jedenfalls bei schuldhafter Verletzung schadenersatzpflichtig. Als maßgebendes Verschulden wird dabei meistens nur ein grober Verstoß gegen allgemein anerkannte fachliche Grundsätze oder das Außerachtlassen der gegebenen tatsächlichen Grundlagen gewertet⁹. Für den Fall, daß die Pflichtverletzung der Nichterfüllung des Vertrages gleich kommt, ist den Parteien prinzipiell die Klage auf Erfüllung gegeben. Doch wird sich eine solche praktisch als unzumutbar erweisen, denn wie soll ein gezwungener und damit befangener Schiedsgutachter ein unparteiisches Gutachten abgeben können¹⁰? Die betroffene Partei wird sich besser auf die Forderung von Schadenersatz beschränken.

Die Bestimmung aus dem Auftragsrecht, wonach der Beauftragte normalerweise den Auftrag persönlich zu erfüllen hat, läßt sich gut auf die Tätigkeit des Schiedsgutachters anwenden: liegt es doch gerade im Sinn und Zweck des Schiedsgutachtervertrages, einen Dritten zu finden, der seinen persönlichen Fähigkeiten entsprechend in der Lage ist, eine solche Aufgabe zu lösen. Es wird daher kaum anzunehmen sein, daß die Parteien dem Schiedsgutachter durch die Ernennung stillschweigend das Recht eingeräumt haben, seine Aufgabe an einen weiteren Dritten zu übertragen. Nimmt er, ohne Ermächtigung dazu, die Uebertragung trotzdem vor, so befreit er sich dadurch keineswegs von seiner Haftung dem Auftraggeber gegenüber.

⁸ A.a.O. S. 27; Wagner, S. 45.

⁹ Bongartz, S. 32. Ebenso Ehrenzweig, a.a.O.; Clasen, a.a.O.

¹⁰ Vgl. dazu Ehrenzweig, a.a.O.; Bruck, S. 450.

Entgegen dem Grundsatz, daß sich der Beauftragte hinsichtlich der Art der Erfüllung des Auftrages an die Weisungen des Auftraggebers zu halten hat, darf der Schiedsgutachter nicht an solche Vorschriften gebunden werden. Wohl wird er sich an die von den Parteien aufgestellten allgemeinen Verfahrensbestimmungen zu halten haben, jedoch braucht er von keiner Partei Anweisungen über den Inhalt seiner Feststellung entgegen zu nehmen. Er hat seine Entscheidung selbständig, aus seiner fachlichen Erfahrung heraus zu treffen¹¹.

2. Neben den Pflichten erwachsen dem Schiedsgutachter aus dem übernommenen Auftrag auch Rechte. In erster Linie hat er Anspruch auf eine Vergütung, der sich, wenn nicht aus einer ausdrücklichen Vereinbarung, so doch daraus ergibt, daß die schiedsgutachtliche Tätigkeit üblicherweise als eine entgeltliche betrachtet wird (OR 594 III; vgl. auch unter III). Dieses Recht auf Entschädigung ist unbestritten.

Dagegen gehen die Ansichten über das Kündigungsrecht des Schiedsgutachters auseinander. Dies ist nicht verwunderlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß auch die Auffassungen über die Art des Rechtsverhältnisses zwischen Schiedsgutachter und Parteien verschieden sind. Nimmt man einen Dienstvertrag an, so hängt der Rücktritt vom Vertrag, von der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist ab oder kann aus wichtigen Gründen geschehen. Werden die Vorschriften über den einfachen Auftrag angewandt, so kann der Auftraggeber den Auftrag an den Schiedsgutachter jederzeit widerrufen, bzw. der Beauftragte jederzeit kündigen, mit der Einschränkung allerdings, daß wenn dies zur Unzeit erfolgt, die widerrufende, resp. kündigende Partei zu Schadenersatz verpflichtet ist¹².

Eine einheitliche Lösung dieser Frage wäre wünschenswert. Mit der Ansicht jedenfalls, die sowohl dem Schiedsgutachter wie den Parteien ein uneingeschränktes Rücktrittsrecht einräumen will, scheint man doch etwas zu weit zu gehen, auch wenn die Schadenersatzfolgen bei unzeitiger Auflösung berücksichtigt werden. Wenigstens für die Schiedsgutachter muß in der Weise eine Einschränkung gemacht werden, daß ihr Rücktritt nur aus wichtigen Gründen, z. B. wegen schwerer Erkrankung oder dringender Ortsabwesenheit etc., erfolgen darf¹³.

Es drängt sich noch die Frage auf, welche Folgen der Rücktritt eines Schiedsgutachters auf das bereits begonnene Schiedsgutachterverfahren hat. Keinesfalls darf dadurch der Schiedsgutachtervertrag zu nichte gemacht werden. Diese Folge wäre für die Gegenpartei des zurücktretenden Schiedsgutachters unbillig und würde zu Mißbräuchen führen. Der zurückgetretene Schiedsgutachter ist einfach zu ersetzen, worauf das Verfahren vom bereits erreichten Stadium aus seinen Fortgang nimmt. Even-

¹¹ Roelli-Jaeger, a.a.O.; Bongartz, S. 31; Gottschalk, a.a.O. SVA V 359 c.

¹² So Roelli-Jaeger, S. 474 N. 27.

¹³ Ritter, S. 909 Anm. 20; Ehrenzweig, a.a.O.

tuell könnte auf Verlangen des Nachfolgers eine neue Obmannswahl vorgenommen werden, was jedoch nicht unbedingt nötig ist¹⁴. Gleich liegen die Verhältnisse bei der Nichtannahme des Auftrages oder wenn der Schiedsgutachter aus anderen Gründen, z. B. wegen Ablebens, wegfällt. Einzig für den Fall, wo die Parteien das Hauptgewicht gerade auf die von ihnen gewählte Person gelegt haben, wird man beim Ausscheiden dieser Person das Dahinfallen der Schiedsgutachterklausel annehmen müssen. Hier hat das Gericht über die der schiedsgutachtlichen Beurteilung vorbehaltenen Punkte zu entscheiden¹⁵.

III. Die Entschädigung des Schiedsgutachters

Aller Regel nach ist die Tätigkeit des Schiedsgutachters eine entgeltliche, ob nun sein Verhältnis zu den Parteien als Dienst- oder Werkvertrag oder als Auftrag aufgefaßt wird. Der Schiedsgutachter hat Anspruch auf eine Vergütung für seine Bemühungen und Aufwendungen. Er soll dieses Recht auf Entschädigung geltend machen können, auch wenn keine ausdrückliche Vereinbarung darüber getroffen wurde.

Die Versicherungsvertragsgesetze enthalten Vorschriften über die Kostenverteilung bei der Schadensermittlung. Das schweizerische VVG bestimmt in Art. 67 V, daß die Kosten von den Parteien zu gleichen Teilen getragen werden, im Gegensatz zur Vorschrift im deutschen VVG (§ 66), welche die gesamten Ermittlungskosten, insofern diese den notwendigen Aufwendungen entsprechen, dem Versicherer auferlegt. Diese Bestimmungen sind nachgiebiges Recht, sie können durch anders lautende Vereinbarungen der Parteien ausgeschaltet werden, was auch oft geschieht.

1. Wer ist nun Schuldner der Schiedsgutachterentschädigung? Es hängt auch hier davon ab, ob man ein Rechtsverhältnis zwischen jedem Schiedsgutachter und jeder Partei annimmt, oder nur ein Vertragsverhältnis zwischen dem Schiedsgutachter und der ihn ernennenden Partei. Im ersten Fall sind die Parteien Gesamtschuldner; der Schiedsgutachter kann sich mit seiner Forderung an die eine oder andere Partei halten¹⁶. Aber auch ein Teil der Befürworter eines Rechtsverhältnisses zwischen Schiedsgutachter und Gegenpartei halten dafür, daß die Vergütung nur von der ernennenden Partei verlangt werden kann: für die Entschädigung des Obmannes haften die Parteien gemeinsam¹⁷. Selbstverständlich anerkennen die Vertreter derjenigen Ansicht, daß nur zwischen Schiedsgutachter und der ernennenden Partei ein Rechtsverhältnis bestehe, eine Solidar-

¹⁴ Raiser, S. 351 Anm. 16; ähnlich Roelli-Jaeger, a.a.O. Dagegen glaubt Prölss, S. 163 ff. Anm. 11, daß mit dem Rücktritt oder Tod eines Schiedsgutachters der Schiedsgutachtervertrag konsumiert sei (für das österreichische Recht).

¹⁵ Eckert, S. 21; Bongartz, S. 36/37. Vgl. auch das deutsche VVG in § 64 I Satz 3.

¹⁶ Ritter, S. 909 Anm. 20; Ehrenzweig, a.a.O., für das österr. Recht.

¹⁷ Weismann, S. 322; Gottschalk, a.a.O.; Prölss, a.a.O. Anm. 12.

haftung beider Parteien nur für die Kosten des Obmannes. Die Entschädigung der Schiedsgutachter haben danach je die bestellenden Parteien zu tragen¹⁸.

Eine vertragliche Regelung der Entschädigungsfrage ist die geeignetste Lösung. Weniger im Vertrag mit den Schiedsgutachtern als in der Schiedsgutachterklausel selber findet sich häufig eine Vorschrift über die Kostenverteilung. Die Bestimmung „Jede Partei trägt die Kosten ihres Sachverständigen; die Kosten des Obmannes tragen beide je zur Hälfte“ hat in den allgemeinen Bedingungen der Schadensversicherung Eingang gefunden, so besonders in den schon öfters erwähnten Feuerversicherungsbedingungen. Damit wird in bezug auf das Verhältnis Schiedsgutachter-Partei ausgedrückt, daß für die Forderung eines Schiedsgutachters nur die ernennende Partei haftet, für diejenige des Obmannes aber Solidarhaftung besteht.

Anders lauten die Vorschriften in den deutschen allgemeinen Unfallversicherungsbedingungen. Dort hat der Versicherer die vollen Kosten zu tragen, wenn die Entscheidung der Aertzekommission für den Versicherten günstiger ausfällt als das vorgängige Angebot des Versicherers; andernfalls werden sie dem Versicherungsnehmer auferlegt.

2. Wer bestimmt die Höhe der Schiedsgutachterentschädigung, und wie ist sie zu ermitteln? Da Vereinbarungen darüber meistens fehlen, muß auf die Uebung abgestellt werden. Bestehen auch keine üblichen Richtsätze, auf Grund derer in concreto die Höhe der Vergütung berechnet werden könnte, so darf es wohl den Schiedsgutachtern anheim gestellt bleiben, ihr Honorar zu bestimmen, wobei den Parteien immer noch vorbehalten ist, unangemessene Forderungen zu beanstanden¹⁹. Umgekehrt wird dem Schiedsgutachter bei Streitigkeit über die Entschädigung der Weg gerichtlicher Geltendmachung offen stehen²⁰.

Gelegentlich wird vereinbart, daß das Honorar in Prozenten der Versicherungssumme oder des ziffernmäßig festgestellten Schadens berechnet werden soll. Die deutschen Unfallversicherungsbedingungen besagen z. B. für den Fall, daß der Versicherungsnehmer für die Kosten aufzukommen hat, die Kosten können bis zu zwei Prozent der Invaliditäts- oder Todesfallsumme betragen. Durch eine solche Vereinbarung wird der Schiedsgutachter finanziell am Ergebnis der Schadensermittlung interessiert, und die unparteiische Begutachtung gefährdet. Eine derartige Berechnungsart verstößt gegen die guten Sitten und darf keine Gültigkeit haben²¹.

Schließlich soll noch die Frage kurz gestreift werden, ob der Versicherer auch dann zur Leistung eines Beitrages an die Kosten des Schadens-

¹⁸ Roelli-Jaeger, S. 489 N. 59.

¹⁹ Raiser, S. 358 Anm. 27: „Nicht etwa werden die Gebühren eines vom Amtsgericht ernannten Sachverständigen oder Obmann vom Amtsgericht festgesetzt.“ Vgl. die genau gegenteilige Ansicht Ehrenzweig, a.a.O.

²⁰ Eckert, S. 24.

²¹ Roelli-Jaeger, S. 489 N. 58.

ermittlungsverfahrens herangezogen werden kann, wenn sich seine Leistungspflicht aus dem Versicherungsvertrag als nicht bestehend herausstellt. Dies wird im allgemeinen zu verneinen sein. Ist jedoch vertraglich vorgesehen, daß jede Partei ihren Schiedsgutachter entschädigt, so ist der Versicherer auch im genannten Fall zur Vergütung verpflichtet, ungeachtet einer nachträglichen Feststellung, daß dem Versicherungsnehmer kein Ersatzanspruch zukommt²².

²² Dieselben, S. 488, N. 54.

II. Abschnitt:

Das Schiedsgutachterverfahren und sein Ergebnis, das Schiedsgutachten

§ 11. Das Schiedsgutachterverfahren

I. Die Regelung des Verfahrens

Für die Ausgestaltung des Schiedsgutachterverfahrens sucht man vergeblich nach gesetzlichen Vorschriften. Es bleiben daher drei Möglichkeiten, das Vorgehen der Schiedsgutachter einer gewissen Ordnung zu unterziehen. Entweder vereinbaren die Parteien des Schiedsgutachtervertrages gemeinsam Verfahrensbestimmungen oder sie überlassen die Verfahrensregelung ganz den Schiedsgutachtern. Die dritte Möglichkeit bietet sich in der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über das schiedsgerichtliche Verfahren.

In erster Linie wird es den Parteien anstehen, verbindliche allgemeine Regeln für das Verfahren aufzustellen¹, und zwar müssen sie das gemeinsam tun. Denn dürfte eine Partei ihrem Schiedsgutachter Weisungen über sein Verhalten und Vorgehen erteilen, so käme das auf eine unstatthafte einseitige Beeinflussung hinaus. Solche Anweisungen dürfen vom Schiedsgutachter nicht beachtet werden, da sie sonst die Grundlagen für eine spätere Anfechtung des Schiedsgutachtens wegen Befangenheit eines Schiedsgutachters oder wegen unsachlichem Vorgehen bei der Erstattung schaffen würden².

Diese Gefahr kann weitgehend vermieden werden, wenn die Verfahrensbestimmungen im Schiedsgutachtervertrag selber aufgenommen sind. So enthalten die allgemeinen Versicherungsbedingungen jeder Art gewisse Anleitungen an die Schiedsgutachter, die sich allerdings mehr auf den Gegenstand des Verfahrens beziehen und die Tätigkeit der Schieds-

¹ Roelli-Jaeger, S. 475 N. 28; Schneider, in Leipz.Z. 1909, S. 905 ff. etc.

² Vgl. dazu Gottschalk, in JW 1929, S. 2039; SVA V 359 c.

gutachter auf bestimmte Feststellungsgegenstände beschränken. Die allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen (schweizerische und deutsche) verlangen von den Schiedsgutachtern, vorbehaltlich anderer Vereinbarung, nur die Feststellung der Schadenshöhe. Diese haben vor allem den Wert der versicherten geretteten und beschädigten Sachen unmittelbar vor und nach dem Schadensereignis zu bestimmen. Wie sie dabei vorgehen wollen, bleibt ihnen anheimgestellt. Die deutschen Bedingungen verlangen dann noch ergänzend, daß die Feststellungsergebnisse gleichzeitig dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer einzureichen sind. Andere Versicherungsbedingungen gehen in dieser Hinsicht weiter in die Einzelheiten³.

Es genügt nun aber nicht, daß diese Bestimmungen im Schiedsgutachtervertrag verankert sind. Sie müssen den Schiedsgutachtern in verbindlicher Weise zur Kenntnis gebracht werden. Dies kann auf zwei Arten geschehen. Man legt ihnen einen schriftlichen Vertrag vor (vgl. Vertragsformular, erwähnt in § 9 II 1), in dem diese Bestimmungen, meistens noch detaillierter als im Schiedsgutachtervertrag, aufgeführt sind. Durch die Unterzeichnung dieses Annahmevertrages verpflichten sich dann die Schiedsgutachter, nach den vorgeschriebenen Verfahrensgrundsätzen vorzugehen und die Bewertung der festzustellenden Tatsachen nach Maßgabe der allgemeinen Versicherungsbedingungen vorzunehmen. An sich ist es erlaubt, in diesem Vertrag zwischen Parteien und Schiedsgutachter von den allgemeinen Versicherungsbedingungen abzuweichen, doch wird das selten getan.

Die Einführung in die schiedsgutachtliche Tätigkeit kann auch durch mündliche „Instruktionen“ geschehen, welche die Schiedsgutachter über die rechtlichen Voraussetzungen der vorzunehmenden Feststellung, über die tatsächlichen Grundlagen des Verfahrens etc. orientieren. Oft wird ihnen ein detailliertes Fragenschema übergeben, in dem z. B. auch Auskunft über die Kosten einer möglichen Wiederherstellung beschädigter Sachen verlangt wird usw. Auch diese „Instruktionen“ sind für die Schieds-

³ Deutsche Allgemeine Versicherungsbedingungen für Unfall-Versicherung. § 13, II. Verfahren: „Sobald die Kommission zusammengesetzt ist, hat die Gesellschaft unter Einsendung der erforderlichen Akten den Obmann um die Durchführung des Verfahrens zu ersuchen.“

Der Obmann bestimmt im Benehmen mit den beiden Kommissionsmitgliedern Ort und Zeit des Zusammentritts und gibt hiervon den Parteien mindestens eine Woche vor dem Termin Nachricht. Es bleibt ihm unbenommen, sich wegen weiterer Aufklärung des Sachverhaltes an die Parteien zu wenden. In der Sitzung ist der Verletzte, soweit tunlich, zu hören und erforderlichenfalls zu untersuchen. Wenn er trotz rechtzeitiger Ladung nicht erscheint, aber sein Ausbleiben rechtzeitig und genügend entschuldigt hat, so ist ein neuer Termin anzuberaumen. Erscheint der Versicherte auch dann nicht, so kann die Kommission auf Grund der Akten entscheiden.

Die Entscheidung ist schriftlich zu begründen und vom Obmann zu beurkunden.“

Allgemeine Deutsche Seeversicherungs-Bedingungen. § 74 V: „Die Sachverständigen berücksichtigen den Schaden, stellen ihn fest und erstatten darüber ein Gutachten. Zu der Berücksichtigung sind, soweit tunlich, die Beteiligten hinzuzuziehen.“

gutachter nur verbindlich, „wenn sie gleichlautend von beiden Parteien ausgehen“⁴.

Wie gezeigt, erstreckt sich die vertragliche Verfahrensregelung meistens nur auf grundsätzliche Fragen. Im übrigen ist den Schiedsgutachtern aber weitgehend freie Hand gelassen. Es darf daher kaum angenommen werden, daß bei einer solchen Freiheit der Schiedsgutachter in der Ausgestaltung ihres Verfahrens Verfahrensmängel als selbständige Anfechtungsgründe in Betracht kommen. Die Verfahrensmängel können nur dann zur Anfechtung führen, wenn sie das Gutachten nachteilig beeinflussen haben und es daher als unrichtig erscheinen lassen⁵. Anders allerdings, wenn der Gang des Verfahrens eine feste vertragliche Regelung gefunden hat.

Es ist absolut in Ordnung, wenn die Parteien den Schiedsgutachtern einen großen Spielraum lassen und sie dadurch ermächtigen, für ihr Vorgehen zur Lösung der im konkreten Fall auftauchenden Fragen die geeignetsten Mittel frei zu wählen. Dies entspricht ganz dem Zweck der Schiedsgutachtervereinbarung⁶.

Sollen im Zweifelsfall die Vorschriften über das schiedsrichterliche Verfahren auf das Schiedsgutachterverfahren entsprechend angewendet werden? Die Frage wird von der Doktrin vorwiegend aus den gleichen Gründen verneint, die sie zur Ablehnung der Anwendung prozeßrechtlicher Bestimmungen auf das Schiedsgutachterinstitut überhaupt bewogen haben⁷. Natürlich kann es den Schiedsgutachtern nicht verboten sein, falls

⁴ Raiser, S. 352 Anm. 17.

Vgl. auch das Frageschema für das Sachverständigenverfahren in der Hagelversicherung bei von Marck, in ZVW 1909, S. 242:

„1. Liegt überhaupt ein Hagelschaden und nicht eine andere Schadensursache vor (Frost, Windbruch, tierische oder pflanzliche Schädlinge)?

2. Erreicht der Schaden die vertragsmäßige untere Ersatzgrenze (Vollversicherung oder beschränkte Versicherung)?

3. Wieviel Prozente macht er für die ganze Position oder Teile derselben aus?

4. Erstreckt er sich über eine in den Versicherungsbedingungen etwa vorgesehene Mindestfläche?

5. Weicht der nach dem vorgefundenen Saatstand zu erwartende Ernteertrag in erheblicher Weise bzw. über einen gewissen Prozentsatz hinaus von der in der Versicherungssumme sich ausdrückenden Erwartungen ab (Frage der Reduktion)?

6. War die ganze bestellte Gattung deklariert oder waren vertragswidrige Teile ausgeschlossen?“

In der schweizerischen Feuerversicherungspraxis werden den Sachverständigen folgende Fragen zur unparteiischen und gewissenhaften Beantwortung gestellt:

„1. Welches war der wirkliche Wert der versicherten Sachen unmittelbar vor dem Schadenereignis?

2. a) Welches ist der Wert dieser Sachen nach dem Schadenereignis?

b) Wie hoch belaufen sich die Wiederherstellungskosten der beschädigten Sachen in den Zustand unmittelbar vor dem Schaden?

3. Wieviel beträgt demnach der durch das Schadenereignis verursachte Schaden?

⁵ Clasen, in JRPV 4, S. 340, Schneider a.a.O.; Roelli-Jaeger, S. 476 N. 32.

⁶ Vgl. Rau, in ZVW 1905, S. 278; Tasche, in Leipz. Z. 1911, S. 260 ff. II; Eckert, S. 27 usw.

⁷ Bruck, S. 450, 5; Ritter, S. 911 Anm. 26; Suter, Bedingungen der Einbruchsdiebstahlversicherung, Bern 1944, S. 126 ff. N. 8.

Dagegen: Ehrenzweig, Versicherungsvertragsrecht I, S. 352 ff. B b 5, für das österreichische Versicherungsrecht; Wangner, S. 49 ff., befürwortet die analoge Anwendung bei

die Verfahrensgestaltung in ihr „pflichtgemäßes Ermessen“ fällt, sich freiwillig den Vorschriften des Zivilprozeßrechtes zu unterstellen. Selbstverständlich wird ihr Befund dadurch nicht zum Schiedsspruch. Ebenso ist eine dahingehende Vereinbarung der Parteien möglich.

Nach unserer Auffassung steht einer entsprechenden Anwendung der schiedsgerichtlichen Vorschriften nichts entgegen.

II. Das Vorgehen der Schiedsgutachter und ihre Hilfsmittel

1. Die Auffassung *Weismanns*, wonach der Schiedsgutachter seine Feststellung nur durch „sachverständige Wahrnehmung oder Schlußfolgerung“ soll treffen können, ist nur bei der Sinngebung berechtigt, daß er über große Sachverständigkeit verfügen muß. Sie ist dagegen abzulehnen, wenn damit gesagt sein soll, der Schiedsgutachter sei einzig und allein auf seine persönlichen Wahrnehmungen angewiesen. Wäre dem so, so würde seine Tätigkeit in all den Fällen illusorisch, wo die Grundlage des Verfahrens sich nur mittels der Aussagen der Parteien oder von Zeugen oder mittels Feststellungen weiter spezialisierter Sachverständiger bestimmen ließe⁸.

Wenn vom Schiedsgutachter persönliche Erfüllung gefordert wird, so kann das nur heißen, daß er seine Aufgabe nicht einem Dritten übertragen soll, nicht aber, daß er für sein Verfahren keine Hilfspersonen und Hilfsmittel zuziehen dürfte. Er soll sich im Gegenteil dann fremder Hilfe bedienen, wenn dies zur wahrheitsgetreuen Feststellung notwendig und zweckmäßig erscheint.

Als Hilfspersonen kommen vor allem die Parteien selber in Frage. Der Schiedsgutachter kann von Versicherer und Versicherungsnehmer die Auskünfte einholen, die zur Abklärung des Sachverhaltes nötig sind, er kann Urkunden und Akten einsehen und insbesondere die nach Versicherungsvertragsgesetz und Vertrag dem Versicherungsnehmer obliegende Auskunftspflicht, die sonst dem Versicherer gegenüber besteht, beanspruchen. Verlangen anderseits die Parteien, daß sie angehört werden, so darf ihnen das der Schiedsgutachter nicht ausschlagen. Die Meinungen darüber gehen allerdings auseinander. Vielfach wird verneint, daß für den Schiedsgutachter eine Verpflichtung ähnlich derjenigen der Schieds-

wesensgleichen Situationen, insbesondere eine Uebnahme der Vorschriften über Ernennung und Ablehnung von Schiedsrichtern etc. Aehnlich im deutschen Arbeitsrecht.

⁸ So folgert auch *Weismann*, S. 304, daß der Schiedsgutachter nicht funktionieren könne, wenn keine unmittelbare Untersuchung mehr möglich sei, weil z.B. die Sache untergegangen sei. Nach dieser Ansicht würde also ein Schiedsgutachterverfahren unmöglich, wenn z.B. ein versichertes Haus vollständig niedergebrannt wäre. Eine solche Ansicht zwingt das Schiedsgutachterverfahren in zu enge Grenzen.

richter (vgl. zü. ZPO 365) besteht, jedoch oft ohne nähere Begründung⁹. Eine ausdrückliche Vereinbarung, daß die Parteien zu hören seien, ist aber bestimmt maßgeblich.

Auch einer Zuziehung von außerhalb den Vertragsverhältnissen stehenden Personen steht grundsätzlich nichts entgegen und mag bei der schiedsgutachtlichen Tätigkeit im Unfallversicherungswesen gelegentlich tunlich sein. Hat der Schiedsgutachter den Kausalzusammenhang zwischen Unfall und Folgen zu prüfen, so wird er nicht um die Konsultierung von Parteien und Dritten herumkommen. Diese Drittpersonen sind aber nicht als Zeugen im Sinne des Zivilprozeßrechtes zu betrachten, da sie nicht ohne weiteres unter gerichtlicher Mithilfe zur Aussage gezwungen werden können (vgl. zü. ZPO 367).

Die Frage, ob auch weitere Sachverständige heranzuziehen sind, muß in der Regel verneint werden¹⁰. Der Schiedsgutachter selber hat über die nötige Sachkenntnis zu verfügen, um der Aufgabe gewachsen zu sein. Stoßen aber die Schiedsgutachter während des Verfahrens auf ein Problem, das nur durch einen ausgesprochenen Spezialisten gelöst werden kann, so ist die Beziehung eines solchen nicht zu verwehren. Denn es ist ja schließlich das Ziel der Schiedsgutachtervereinbarung, ein Ergebnis zu erhalten, dem sich die Parteien vorbehaltlos unterziehen können. Somit wird auch dieses Hilfsmittel, falls es unumgänglich ist, gestattet sein müssen.

2. Meistens wird zu den Erhebungen der Schiedsgutachter auch die Besichtigung des Schadensortes oder der beschädigten Gegenstände gehören. Da die Parteien sich gegenseitig verpflichtet sind, bei der Schadensermittlung mitzuwirken, dürfen sie der Tätigkeit des Schiedsgutachters keine Hindernisse entgegen stellen. Sie dürfen ihm namentlich den Eintritt in Gebäulichkeiten und Räume nicht verwehren¹¹. Dem Schiedsgutachter selber ist bei der Prüfung der Schadensstelle oder der Schadensobjekte eine Schranke auferlegt. So wie der Anspruchsberechtigte nicht ohne Zustimmung der Gegenpartei die beschädigten Gegenstände verändern darf (schweiz. VVG 68), kann auch der Schiedsgutachter nicht ohne weiteres verändernd auf diese einwirken, z. B. mit einem chemischen Verfahren¹² etc. Ist eine Veränderung der Sachen für seinen Befund notwendig, so muß er die Zustimmung der Parteien dazu einholen. Das Verbot gilt auch noch nicht als aufgehoben, wenn die Schiedsgutachter den Schaden besichtigt haben und zur Ausarbeitung des Gutachtens schreiten, denn immer noch kann es sein, daß ihre Ansichten in entscheidenden

⁹ Rau, a.a.O., S. 278; Raiser, S. 353 Anm. 19; Eckert, S. 26; Arens, S. 40; Weismann, S. 287, 303. Zu unserer gegenteiligen Ansicht vgl. Anm. 3 dieses Paragraphen und § 4 IV. bes. zu Anm. 14. Ebenso Ehrenzweig, a.a.O.; Roelli-Jaeger, S. 475 N. 28.

¹⁰ Andere Auffassung Roelli-Jaeger, a.a.O., N. 29. SVA VIII 216. Mitwirkung eines Spezialisten zugelassen.

¹¹ Vgl. BIZR Bd. 25, 69.

¹² Ähnlich bei Erstattung eines privaten Gutachtens, vgl. BIZR. Bd. 25, 53.

Fragen auseinander gehen, sodaß dem Obmann Gelegenheit geboten sein muß, die Feststellungen am unveränderten Schadensort selber nachzuprüfen¹³.

Im einzelnen wird sich das Verfahren nach der Situation im konkreten Falle richten, die je nach Versicherungszweig verschieden ist. In diesem Zusammenhang kann es sich nur darum handeln, grundsätzliche Probleme zu erörtern.

3. Einer Frage soll noch die gebührende Aufmerksamkeit geschenkt werden, nämlich der, ob das schiedsgutachtliche Verfahren über ein und dieselbe Sachlage mehrmals wiederholt werden darf. Auch hier ist zunächst auf die vertragliche Regelung abzustellen; eine solche fehlt jedoch meistens. Das deutsche VVG stellt in § 64 I Satz 3 für den Fall, daß das Schiedsgutachterverfahren nicht beendet wird, folgende Vorschrift auf: „Das gleiche gilt (nämlich die Feststellung durch Urteil), wenn die Sachverständigen die Feststellung nicht treffen können, wollen oder sie verzögern.“ Die Bestimmung ist aber nicht zwingend; sie kann durch Parteivereinbarung abgeändert werden. Denn § 64 III besagt nur die Nichtigkeit einer Vereinbarung, welche von § 64 I Satz 1 abweicht (Unverbindlichkeit der Feststellung).

Eine solche Abrede findet man in den „Allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen“, § 74 VIII Satz 3, wo es heißt: „Wenn die Sachverständigen die Feststellung nicht treffen können oder wollen oder sie ungebührlich verzögern, so ist die Ernennung anderer Sachverständiger... herbeizuführen.“ Diese Neuernennung kann aber nicht beliebige Male vorgenommen werden, sondern wenn auch die zweiten Schiedsgutachter den Schaden nicht feststellen können, steht den Parteien der Rechtsweg offen¹⁴.

Was aber, wenn keine derartige Vereinbarung besteht? Das deutsche VVG wird häufig in der Weise ausgelegt, daß wenn auch nur ein Schiedsgutachter die Feststellung nicht treffen wolle, könne oder sie verzögere, kein weiteres Verfahren stattfinden solle. Dem kann nicht beigetreten werden. Gleich, wie wenn eine Partei ihren Schiedsgutachter nicht ernannt, könnte dadurch von der einen Parteiseite her das Verfahren und damit die Schiedsgutachterklausel verhindert werden. Das kann nicht der Sinn des Gesetzes sein, das ja in § 64 I Satz 3 von den Sachverständigen spricht. Wenn aber alle Schiedsgutachter die Feststellung verweigern, also das Verfahren zu keinem Abschluß kommt, wird die Lösung natürlich nur auf gerichtlichem Wege zu erzielen sein. Ein neues Verfahren scheint in diesem Fall tatsächlich zwecklos. Das Reichsgericht hat in gleichem Sinne zu dieser Frage Stellung genommen¹⁵, indem es nach einem

¹³ Einzelheiten bei Roelli-Jaeger, S. 494 N. 5.

¹⁴ Ritter, S. 920 Anm. 56.

¹⁵ RGZ Bd. 45, 350.

mißlungenen Verfahren die Beschreitung des Rechtsweges ohne weiteres wieder zuläßt.

In einer späteren, sehr instruktiven Entscheidung vom 15. Nov. 1935¹⁶ gestattet es aber, daß eine Aerztekommision ein zweites Mal amtet. Nach den allgemeinen Bedingungen einer Unfallversicherung hat der Versicherer das Recht, die in der Höhe durch eine Aerztekommision festgestellte Invaliditätsentschädigung auf zwei Jahre auszusetzen, um dann den Grad der Erwerbsunfähigkeit durch Kommissionsentscheid feststellen zu lassen. Das Reichsgericht hat es abgelehnt, daß nach den zwei Jahren ohne vorgängiges zweites Schiedsgutachterverfahren ein Gericht über diese Frage urteilen könne. Die Kommission müsse zudem durch die gleichen Personen wie im ersten Verfahren besetzt sein, falls dies nicht (z.B. wegen Tod eines Sachverständigen) unmöglich sei. Die Parteien seien dann an das Gutachten aus dem ersten Verfahren gebunden, wenn das zweite gescheitert sei.

Als Prinzip kann also festgehalten werden, daß das Schiedsgutachterverfahren über die gleiche Sache ohne besondere Vereinbarung nur einmal stattfindet; mißlingt es, so steht der Rechtsweg wieder offen. In der Praxis (besonders der Feuerversicherung) gelangt das Schiedsgutachterverfahren meistens zur reibungslosen Abwicklung ohne Beanspruchung der Gerichte, denn die Versicherungsgesellschaften hüten sich wohlweislich aus Propaganda- und Konkurrenzgründen, allzu häufig gerichtliche Verfahren zu provozieren.

III. Die Funktion des Obmannes und die Erstattung des Gutachtens

1. Den Anforderungen (Sachverständigkeit und Unbefangenheit), die an die Schiedsgutachter gestellt werden, muß der Obmann erst recht entsprechen. Insbesondere muß er in erhöhtem Maße unbefangen sein.

Die meisten Parteivereinbarungen sehen den Eintritt des Obmannes in das Verfahren erst für den Fall vor, daß die Feststellungen der Schiedsgutachter von einander abweichen. Dagegen leitet in der Praxis der deutschen Unfallversicherung der Obmann das ganze Verfahren von Anfang an.

Seine Tätigkeit wird häufig auf die streitig gebliebenen Punkte beschränkt, die er selbständig zu überprüfen hat. Er muß zu den Differenzen abschließend Stellung nehmen. Er darf nicht einfach den Durchschnittswert der beiden abweichenden Schätzungen wählen, sondern hat sie gegen einander abzuwägen, von Fall zu Fall den einen oder anderen Befund zu bestätigen oder eine völlig selbständige Entscheidung zu tref-

¹⁶ RGZ Bd. 149, 215.

fen, die natürlich auf der Mitte der beiden anderen liegen kann. Die Grenzen, die ihm durch das Verfahren der Schiedsgutachter gesteckt sind, darf er nicht überschreiten¹⁷. Tut er das doch, so ist seine Feststellung insoweit unverbindlich.

2. Müssen die Schiedsgutachter gemeinsam vorgehen oder können sie einzeln ihre Feststellungen treffen?

Ist ein einzelner Schiedsgutachter mit der Aufgabe betraut, so fällt dieses Problem dahin. Bei mehreren Schiedsgutachtern ist anzunehmen, daß sie in der Regel gemeinsam zu handeln haben. Es soll nicht jeder einzeln die Parteien befragen, den Schaden besichtigen usw.; sie werden diese Erhebungen gemeinsam anstellen. Zu mindest aber dürfen die Parteien verlangen, daß ein gemeinsames Gutachten erstattet wird¹⁸, in dem die Schiedsgutachter und eventuell auch der Obmann ihre persönlichen Standpunkte vertreten können. Die Ansicht der absoluten Mehrheit aller Mitglieder des Schiedsgutachterkollegiums ist dabei maßgebend und verbindlich, wenn nicht im Vertrage etwas anderes vorgesehen ist¹⁹.

Eine andere Auffassung geht dahin, daß ein gemeinsam erstattetes Gutachten Einstimmigkeit voraussetze. Es dürfe nicht die Regelung, wie sie für Schiedsrichter gelte, herangezogen werden. Zudem verlange der § 317 II BGB, daß im Zweifelsfalle Einstimmigkeit herrschen müsse²⁰. Was aber das Bürgerliche Gesetzbuch für den Dritten vorschreibt, kann für unsere Auffassung vom Schiedsgutachterwesen nicht maßgebend sein.

Ist das Schiedsgutachten schriftlich zu erstatten, was in der Regel zutrifft, so ist es von den Kommissionsmitgliedern zu unterzeichnen. Eine Minderheit soll aber auch hier nicht durch Verweigerung der Unterschrift das Gutachten zu Fall bringen können. Wenn schon ein Mehrheitsbeschluß als maßgeblich betrachtet wird, ist nicht einzusehen, warum nicht die Unterschrift der Mehrheit für die Gültigkeit des Schiedsgutachtens genügen sollte²¹ (vgl. zü. ZPO 368 I).

¹⁷ Vgl. Zsh.Handelsgericht 1934, in SVA VII 240. Clasen, JRPV Bd. 4, S. 341; Raiser, S. 356 Anm. 24, etwas abweichend in bezug auf die Grenzen, innerhalb deren der Obmann zu entscheiden hat.

¹⁸ Bundesgerichtsentscheid vom 12. 5. 1939, in SVA VIII 221. Abweichend Raiser, S. 352 Anm. 18 und S. 355 Anm. 22.

¹⁹ SVA VIII 221; Roelli-Jaeger, S. 476 N. 31; Weismann, S. 320; Rau, in ZVW 1905, S. 278. Deutsche Seeversicherungsbedingungen § 74 VI: „Die Erstattung des Gutachtens erfolgt nach Stimmenmehrheit. Bestehen über Summen mehr als zwei Meinungen, deren keine die Mehrheit für sich hat, so ist die für die größte Summe abgegebene Stimme der für die zunächst geringere abgegebenen hinzuzurechnen.“

²⁰ RGZ Bd. 87, 193; ähnlich Bruck, S. 450, 5. Dagegen: Sontag, in DJZ 1930, S. 963, hält trotz BGB 317 II den Mehrheitsbeschluß für möglich.

²¹ Roelli-Jaeger, S. 475 N. 28, verlangen für die Verbindlichkeit des Befundes die Unterschrift aller Mitwirkenden, obschon sie den Mehrheitsbeschluß im Zweifel als genügend erachten. Besonders die daraus gezogene Folgerung ist nicht zu billigen:

„Weigert sich einer der Mitwirkenden, zu unterzeichnen, so ist das wohl als unzeitgemäßer Rücktritt und das Verfahren als resultatlos zu betrachten, so daß dann ohne weiteres gerichtliche Feststellung verlangt werden kann.“ Ein solches Resultat wäre für die Gegenpartei ebenso unbillig, wie wenn ein Schiedsgutachter mit anderen Mitteln das Zustandekommen des Gutachtens zu verhindern suchte.

Der Befund der Schiedsgutachter ist den Parteien (schriftlich) mitzuteilen, wie das z. B. die deutschen allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen ausdrücklich vorsehen.

§ 12. Das Schiedsgutachten

I. Allgemeines

Haben die Schiedsgutachter alle erforderlichen Erhebungen gemacht, sodaß sie imstande sind, die ihnen gestellten Fragen pflichtbewußt zu beantworten, so steht das Verfahren vor dem Abschluß. Noch sind die Schlüsse aus den gemachten Wahrnehmungen und Erhebungen zu ziehen, die dann im Ausspruch der Schiedsgutachter zusammengefaßt werden. Da dieser Spruch meistens die Form eines schriftlichen Gutachtens hat, wird er allgemein, im Gegensatz zum Urteil des Schiedsrichters, dem Schiedsspruch, als Schiedsgutachten (entsprechend der Benennung ihrer Schöpper) bezeichnet.

Welche Tatsachen die Schiedsgutachter in ihrem Gutachten festzuhalten haben, geht aus den an sie gerichteten Fragen hervor. Im Hauptanwendungsgebiet, dem Schadensversicherungsrecht, wird sich der Inhalt des Gutachtens normalerweise in der Feststellung der Schadenshöhe, die sich als Differenz zwischen den Werten der beschädigten Sachen vor und nach dem Schadensereignis ergibt, erschöpfen¹.

Grundsätzlich ist das Schiedsgutachten an keine Form gebunden. Das Verfahrensergebnis kann den Parteien mündlich mitgeteilt werden. Doch erweist es sich in den meisten Fällen als zweckmäßig, das Gutachten in Schriftform zu verlangen. Besonders wenn es darum geht, im Schiedsgutachten ein Beweismittel zu besitzen, wird die Schriftlichkeit unerläßlich sein. Nur in der Form einer Urkunde kann der Spruch in einem zukünftigen gerichtlichen Verfahren seinen Zweck als Beweismittel erfüllen. Uebrigens verhindert die Schriftform spätere Beweisschwierigkeiten, die z. B. beim Tod eines Schiedsgutachters unweigerlich eintreten müßten, falls das Schiedsgutachten nur als mündliche Erklärung abgegeben worden wäre².

¹ Zum Inhalt des Schiedsgutachtens vgl. Roelli-Jaeger, S. 447 N. 33 und 34; Raiser, S. 354 Anm. 20. Näheres unter § 3 II und § 11 I.

² Nach deutschem AGG muß das schriftlich erstattete Schiedsgutachten das Datum des Tages tragen, an dem es zustande gekommen ist, und von sämtlichen Schiedsgutachtern (und evtl. vom Obmann) unterzeichnet sein, vgl. Weiler, S. 19/20.

In der schweizerischen Feuerversicherungspraxis ist es üblich, von den Schiedsgutachtern ein schriftliches Gutachten zu fordern. Es soll zudem ausführlich, nicht summarisch gehalten sein. Unter „ausführlich“ ist zu verstehen, daß eine knappe Beantwortung der Fragen nicht genügen soll, sondern die Feststellungen eingehend zu begründen sind. Darüber, ob in jedem Fall dem Schiedsgutachten eine Begründung beizugeben ist, kann kein fester Grundsatz aufgestellt werden. So wird es z. B. schwer halten, einen Entscheid, der im wesentlichen nur das Ergebnis einer bloßen Schätzungstätigkeit ist, zu begründen, da die Gründe, welche zu der bestimmten Feststellung geführt haben, in diesem Falle in der persönlichen Erfahrung des Schiedsgutachters verankert liegen und sich nicht gut in Worte fassen lassen. Andererseits werden aber die Parteien schon deshalb eine Begründung wollen, damit sie in der Lage sind, die Feststellungen auf ihre Richtigkeit nachzuprüfen.

Man braucht eine eingehende Begründung des Schiedsgutachtens nicht als unbedingt notwendig zu betrachten³. Hingegen darf immerhin verlangt werden, daß die Schiedsgutachter angeben, auf welchen tatsächlichen Grundlagen ihre Feststellung beruht und welche Ueberlegungen sie im großen dazu angestellt haben⁴.

Bei der Behandlung des Schiedsgutachterverfahrens wurde bereits darauf hingewiesen, daß eine Kompetenzüberschreitung der Schiedsgutachter zur Unverbindlichkeit dieses Teils der Feststellung führt. Dem Schiedsgutachten können aber auch in umgekehrter Weise Mängel anhaften, daß es z. B. unvollständig oder auslegungsbedürftig ist. Die Schiedsgutachter können ihre Aufgabe nur teilweise gelöst oder die vorgeschriebene Begründung nicht gehörig gegeben haben. Solche Mängel nun ziehen aber nicht ohne weiteres die Unverbindlichkeit des Gutachtens nach sich. Vielmehr werden die Parteien die Fehlbaren zur Ergänzung oder Erläuterung des Gutachtens oder zur Nachholung der außer acht gelassenen Feststellungen anhalten⁵. Weigern sich diese, die gewünschten Feststellungen vorzunehmen, oder wirken sich die Mängel derart aus, daß das Gutachten als offenbar unrichtig erscheint, so ist dessen Unverbindlichkeit allerdings nicht anzuzweifeln.

Solange das Schiedsgutachten den Parteien nicht zur Kenntnis gebracht ist, können die Schiedsgutachter von sich aus noch beliebige Änderungen daran vornehmen. Dieses Recht verlieren sie aber mit dem Moment der Uebergabe, denn das ist zugleich der Zeitpunkt, von dem an die Parteien an das Schiedsgutachten gebunden sind.

Nach schweizerischer Feuerversicherungspraxis ist das Schiedsgutachten dem Versicherer einzureichen, der dem Versicherungsnehmer auf sein

³ Raiser, S. 354 Anm. 21; Clasen, in JRPV 4, S. 340; Tasche, in Leipz.Z. 1911. S. 260 ff. Ritter, S. 914 Anm. 36, hält die Begründung immer für nötig.

⁴ BGE 71 II 294. So auch Rau, in ZVW 1905, S. 275 ff. II.

⁵ Bruck, S. 450 Ziff. 6; Raiser, S. 355 Anm. 21; Ritter, S. 916 Anm. 42 und 43; Clasen, a.a.O., S. 353. RGZ Bd. 62, 353, für Teilentscheide von Schiedsrichtern.

Verlangen eine Abschrift davon gibt. Dieselbe Lösung kannte die frühere deutsche Praxis. Die neuen allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen sehen nun aber vor, daß die Feststellung gleichzeitig der Gesellschaft und dem Versicherungsnehmer auszuhändigen ist.

II. Die Rechtsnatur des Schiedsgutachtens und seine Wirkungen

A. Die rechtliche Natur

Der Rechtscharakter des Schiedsgutachtens ist ebenso umstritten wie die Rechtsnatur des Schiedsgutachtervertrages selber. Hier wie dort stehen sich ungefähr die gleichen entgegenstehenden Meinungen gegenüber. Je nach dem ob man die Schiedsgutachterklausel als materiellrechtliches oder prozessuales Rechtsgeschäft betrachtet, fällt auch das Urteil über die Rechtsnatur des Schiedsgutachtens aus.

Die Vertreter der materiellrechtlichen Auffassung sehen im Schiedsgutachten einen einseitigen Akt des Schiedsgutachters, eine Willenserklärung. So wie es der Wille des Schiedsgutachters sei, soll das Rechtsverhältnis sich gestalten. Als Wirkung des Schiedsgutachtens ergebe sich die genauere Betimmung dieses Rechtsverhältnisses, der besonderen Punkte, die vorher nur allgemein bestimmt gewesen seien⁶.

Dazu ist nochmals zu sagen (vgl. § 3 und § 7 II zu Anm. 10), daß das Schiedsgutachten nicht gestaltend auf das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien einwirkt, daß es nicht feststellt, was sein soll, sondern feststellt, was ist. Der Schiedsgutachter gibt nicht seinen Willen kund, der für die Parteien auch verbindlich sein müßte, wenn er zu einem falschen Ergebnis führte, sondern er äußert seine fachmännische Ansicht zur gegebenen Sachlage ohne den Anspruch auf absolute Richtigkeit zu erheben. Die im Schiedsgutachten abgegebene Erklärung stützt sich nicht auf Willens-tätigkeit, sie entspringt einem rein verstandesmäßigen, sachverständigen Handeln. Das Schiedsgutachten selber gestaltet nicht neue Rechte, sondern es beweist bereits vorhandene Tatsachen⁷.

Wenn (in § 7) klargestellt wurde, daß die Schiedsgutachterklausel Beweisvertrag, insbesondere Beweismittelvertrag ist, so kann es sich beim Schiedsgutachten nur um ein Beweismittel handeln. Es erbringt den Beweis über Tatsachen, deren Beurteilung einem Laien nicht ohne weiteres

⁶ Weismann, a.a.O., S. 316 und 310; Wagner S. 35. Eckert ist widerspruchsvoll, wenn er einerseits das Schiedsgutachten als Willenserklärung ablehnt (S. 28), andererseits die Wirkungen in der Vervollständigung des Vertrages sieht (S. 30).

⁷ Buchdahl, S. 38, zitiert einen entscheidenden Satz von Kisch, der Schiedsmann im Versicherungsrecht, S. 100, zur schiedsgutachtlichen Tätigkeit: „Ihr Schwergewicht liegt in der Auffindung dessen, was unabhängig von dem Schiedsgutachten bereits in der Wirklichkeit der Dinge besteht, nicht in der Erzeugung neuer Wirkungen“. Ähnlich Kahn, S. 28 und Weiler, S. 22.

zugänglich ist. Inhaltlich unterscheidet es sich nicht vom Gutachten des Prozeßsachverständigen, dagegen in seinem Beweiswert erheblich. Jedes Beweismittel ist dazu angetan, den Richter zu überzeugen; dieser muß sich davon aber nicht überzeugen lassen, auch nicht unbedingt vom Gutachten gerichtlicher Sachverständiger. Das Schiedsgutachten ist aber ein Beweismittel, das infolge seiner besonderen Entstehung zwingende Beweiskraft besitzt; der Richter ist daran gebunden und hat es in die Urteilsgrundlagen einzubeziehen.

Obschon die Verbindlichkeitswirkung des Schiedsgutachtens unbestritten ist, kann doch die Frage von Interesse sein, welcher Art von Beweismitteln es angehört. Ist es Sachverständigen- oder Urkundenbeweis?

Der Sachverständigenbeweis setzt voraus, daß die Sachverständigen gerichtlich ernannt werden. Sie sind einer öffentlichen Behörde gegenüber für die Abgabe des Gutachtens nach bestem Wissen und Gewissen verantwortlich und müssen bei falschem Zeugnis eine strafrechtliche Verfolgung gewärtigen. Haben sie das Gutachten mündlich zu erstatten, so sind sie verpflichtet, zur Beweisverhandlung vor Gericht zu erscheinen usw. Solche und ähnliche Anforderungen werden an den Schiedsgutachter nicht gestellt, selbst dann nicht, wenn das Schiedsgutachterverfahren erst während eines bereits anhängigen Rechtsstreites stattfindet. Das Schiedsgutachten kann deshalb nicht Sachverständigenbeweis im Sinne des Zivilprozeßrechtes sein.

Wurde kein schriftliches Schiedsgutachten verlangt, so müßte die sich darauf berufende Partei zuerst den Nachweis seines Bestehens erbringen. Diese Umständlichkeit widerspricht dem Sinn der Schiedsgutachterklausel. Das Schiedsgutachten wird also in der Regel in Form einer Urkunde vorliegen. Eine im Prozeß vorgelegte Beweisurkunde untersteht normalerweise ebenfalls der freien Würdigung durch den Richter. Das unterzeichnete Schiedsgutachten hat aber nicht nur formelle Beweiskraft, sondern auch materielle Beweiskraft, d. h. die darin festgestellten Tatsachen gelten als bewiesen, auch für den Richter. Es handelt sich also bei der Tatsachenfeststellung durch Schiedsgutachten um einen Urkundenbeweis⁸.

B. Die Wirkungen des Schiedsgutachtens

1. Die Parteien des Schiedsgutachtervertrages sind an das Schiedsgutachten gebunden¹⁰. Diese Wirkung beruht auf der ausdrücklichen Vereinbarung, wonach Schiedsgutachter die fraglichen Tatsachen endgültig (vor-

⁸ Vgl. dazu Buchdahl, S. 28.

⁹ So auch Salinger, a.a.O., S. 147. Kisch, in Rhein.Z. Bd. 9, S. 23, stimmt ebenfalls zu, schwächt aber die Ansicht dadurch ab, daß er sagt: „Beweisgegenstand (Beweisthema) aber ist lediglich die Tatsache, daß ein Gutachten mit bestimmtem Inhalt ergangen ist, nicht dagegen der Punkt, über welchen dasselbe eingeholt worden ist.“

¹⁰ Bruck, a.a.O.; Ritter, S. 915 Anm. 40; Kisch, a.a.O., S. 21; Rau a.a.O.; Suter, a.a.O., S. 126 ff. N. 10 und andere. RGZ Bd. 124, 33; 37, 427; 24, 357; BGE 71 II 294 usw.

behältlich der Anfechtung) und verbindlich festzustellen haben. Da die Parteien nicht selber über die nötige Sachkunde verfügen und überdies ein unparteiisches Urteil wollen, haben sie sich der ordnungsgemäßen, sachverständigen Feststellung durch Dritte unterworfen.

Man wird annehmen dürfen, daß das Schiedsgutachten außer für die Parteien für alle am Rechtsverhältnis beteiligten Personen verbindlich ist (Bürgen, Begünstigte etc.).

In einem Prozeß darf der Beweis über die den Schiedsgutachtern vorbehaltenen Fragen nur durch Schiedsgutachten erbracht werden (Beschränkung auf ein Beweismittel). Auch wenn von einer Partei behauptet wird, das Gutachten sei unrichtig, kann diese nicht ohne weiteres mit anderen Beweismitteln den Gegenbeweis antreten, wenn der Zweck des Schiedsgutachtersvertrages erhalten werden soll¹¹.

2. Die gravierendste Wirkung des Schiedsgutachtens liegt darin, daß ein in der Sache tätig werdendes Gericht ebenfalls an die schiedsgutachterliche Entscheidung gebunden ist. Die im Schiedsgutachten festgestellten Tatsachen sind als bewiesen anzunehmen. Der Richter hat kein Recht, den Inhalt des Gutachtens nachzuprüfen, trotzdem ist er gehalten, ihn seinem Urteil zugrunde zu legen¹². Dagegen ist es dem Richter unbenommen, die formelle Gültigkeit des Gutachtens abzuklären. Er kann nachprüfen, ob die Schiedsgutachter wie im Vertrage vorgesehen funktioniert haben, ob das Schiedsgutachten in der vorgeschriebenen Weise und über die vereinbarten Punkte ergangen ist¹³.

3. Der Schiedsgutachter schöpft seine Entscheidungsmacht allein aus der Parteivereinbarung. Durch die an ihn gestellten Fragen sind ihm die Grenzen seiner Zuständigkeit gesetzt. Ueberschreitet er seinen Kompetenzbereich — er entscheidet z. B., anstatt die Höhe des Schadens festzustellen, daß der Versicherer für den entstandenen Schaden nicht hafte —, so ist das Schiedsgutachten, insoweit es auf der Ueberschreitung beruht, unverbindlich. Es ist also nur verbindlich in den durch den Vertrag den

¹¹ RGZ Bd. 96, 57 ff. am Schluß. Ueber die Führung des Gegenbeweises (Anfechtung) vgl. unter § 13.

¹² Dieselben wie unter Anm. 10, dazu Roelli-Jaeger, S. 479 N. 39; Weiler, S. 22 ff. etc. Kisch, a.a.O., S. 27, meint, auch wenn der Richter das Gutachten als falsch erachte, müsse er es (abgesehen vom Fall der offenbaren erheblichen Unrichtigkeit) seiner Entscheidung zugrunde legen. Kisch ist im weitem sehr widerspruchsvoll. Einmal spricht er vom Schiedsgutachten als Beweisurkunde (S. 25), sagt aber dann, daß die Bindung des Gerichtes an das Gutachten nicht das geringste mit Beweiswirkung zu tun habe (S. 26). Später gibt er zu, daß der Spruch wohl beweisende Kraft besitzen könne, wenn er geeignet sei, die Ueberzeugung des Gerichtes zu begründen (S. 27).

BGE 62 II 235, 57 II Nr. 30 und 57 II 442 speziell, dazu die unter Anm. 10 zitierten Entscheide. Dagegen RGZ 152, 201.

Das Bundesgericht hat eine staatsrechtliche Beschwerde gegen ein Urteil des Luzerner Obergerichtes deshalb gutgeheißen, weil dieses sich nicht an das Gutachten eines Schiedsmannes gehalten hat. Ein solches Gutachten sei nur dann unbeachtlich, wenn es auf einem offenbaren tatsächlichen Irrtum beruhe, SVA VII 323. In SVA II 53 wird dagegen bezweifelt, daß das Gericht an den Befund der Sachverständigen gebunden ist.

¹³ RGZ Bd. 20, 398. Weiler, S. 23 usw.

Schiedsgutachtern zur Entscheidung überlassenen Punkten¹⁴. Der Richter hat sich so wenig an den überschreitenden Teil des Schiedsgutachtens wie an ein nichtiges Schiedsgutachten zu halten.

Im allgemeinen wird eine solche Ueberschreitung darin bestehen, daß sich die Schiedsgutachter zusätzlich zu Fragen äußern, die nicht in ihre Zuständigkeit fallen, daneben aber ihre Aufgabe erfüllen. In derartigen Fällen ist nicht anzunehmen, das ganze Gutachten sei unverbindlich. Anders allerdings, wenn sie nur zu Punkten Stellung nehmen, die zu beurteilen sie nicht zuständig sind. Ein solches Gutachten ist natürlich in vollem Umfange unverbindlich¹⁵.

Wenn nun die Parteien die Ueberschreitung der Zuständigkeit anerkennen oder stillschweigend dulden, so manifestieren sie damit, daß sie sich auch an diesen Teil des Gutachtens gebunden fühlen. Zweifelhaft ist allerdings, ob diese Punkte auch für den Richter verbindlich werden können. Gehen die Schiedsgutachter dazu über, reine Rechtsfragen, wie z. B. das Bestehen eines Rechtsanspruches, zu beurteilen, so müssen diese Entscheidungen für den Richter unbeachtlich sein (auch wenn sie von den Parteien anerkannt sind), falls er zu einem anderen Schluß kommt.

4. Das Schiedsgutachten hat keinen Urteilscharakter. Es ist weder einem gerichtlichen Urteil noch einem Schiedsspruch gleichzustellen. Seine bindende Wirkung äußert es als Beweismittel, das weder in Rechtskraft erwachsen kann noch der Vollstreckung fähig ist¹⁶. In der Bindung eines über das Rechtsverhältnis entscheidenden Gerichtes liegt allein seine Wirkung.

5. Neben den bereits genannten kommen dem Schiedsgutachten keine anderen Wirkungen zu. Wenn weiter von „Einwirkungen des Gutachtens auf die Rechtsbeziehungen der Parteien“ gesprochen wird, von unmittelbaren dinglichen, nicht nur obligatorischen Wirkungen, die die Rechtsbeziehungen der Parteien gestalten¹⁷, so bedarf es an dieser Stelle keiner neuerlichen Entgegnung mehr (vgl. § 3 I und II, § 7 II etc.).

III. Die Nichterstattung des Gutachtens

Es bleibt noch die Frage zu prüfen, welche Folgen die Nichterstattung des Schiedsgutachtens hat, wenn das Verfahren bereits in Gang gekommen ist. Im schweizerischen Recht existieren darüber keine gesetzlichen Bestimmungen; auch berühren die allgemeinen Versicherungsbedingungen diesen Punkt nicht. Dagegen behandeln den Fall sowohl das deutsche BGB in § 319 I Satz 2 als auch das VVG in den §§ 64 I Satz 3 und 184 (für

¹⁴ Raiser, S. 342 Anm. 7; Ritter, S. 916 Anm. 41; Clasen, S. 354. BGE 57 II 439; SVA VIII 187, VI 51 f., I 66, 67.

¹⁵ Dazu Kisch, S. 28; Bruck, a.a.O.; Bongartz, S. 37.

¹⁶ Roelli-Jaeger, S. 479 N. 39; Eckert, S. 29; Kisch, S. 22 und andere.

¹⁷ So Kisch, S. 21; Eckert, S. 30.

die Unfallversicherung). Danach erfolgt die Feststellung durch Urteil, wenn sie die Schiedsgutachter nicht treffen können, wollen oder verzögern. Wird kein Schiedsgutachten erstattet, so verliert die Schiedsgutachterklausel ihre Wirksamkeit¹⁸. Die Parteien können aber für diesen Fall die Ernennung neuer Schiedsgutachter vorsehen, doch wird ein zweites Verfahren kaum bessere Resultate zeitigen. Die Nichterstattung des Gutachtens hat aber nicht zur Folge, daß das gesamte Rechtsverhältnis aufgelöst wird, denn die Schiedsgutachterklausel stellt ja keine Suspensivbedingung dar (vgl. § 5 III).

Haben die Parteien keine Vereinbarung getroffen, wonach neue Schiedsgutachter zu ernennen sind, so steht ihnen der gerichtliche Weg offen¹⁹, der auf zwei Arten beschritten werden kann.

Aus dem Vertrag zwischen Schiedsgutachtern und Parteien ergibt sich für jene die Pflicht, ein Gutachten abzugeben. Kommen sie dieser Pflicht nicht nach, so machen sie sich einer Vertragsverletzung schuldig. Somit steht den Parteien das Recht zu, die Säumigen auf Erfüllung des Vertrages, auf Erstattung des Schiedsgutachtens, zu verklagen. Abgesehen von der Umständlichkeit dieses Vorgehens, was dem Sinn des Schiedsgutachtervertrages ohnehin widerspricht, ist es auch sonst nicht zweckmäßig, die Schiedsgutachter auf gerichtlichem Wege zur Erfüllung des Vertrages anzuhalten. Ein derart gezwungener Schiedsgutachter wird seine Aufgabe nicht mehr unbefangen lösen können.

Die richtige Lösung scheint schon die des Gesetzes zu sein. Bei Nichterstattung des Schiedsgutachtens wird das ganze Rechtsverhältnis dem Richter unterbreitet. Da die Schiedsgutachterklausel jeder Wirksamkeit bar geworden ist, können die Parteien auch über die in ihr vorgesehenen Tatfrage mit beliebigen gesetzlichen Beweismitteln den Beweis antreten. Auf der andern Seite ist dem Richter keine Bindung mehr auferlegt, so daß er in der Würdigung des vorgebrachten Beweismaterials völlig frei ist²⁰.

Heikler wird das Problem, wenn die Schiedsgutachter die Abgabe des Gutachtens nicht verweigern, sondern nur verzögern. Ist ihnen ein Termin gesetzt, bis zu dem sie ihre Aufgabe zu beenden haben, so ist die Verzögerung mit der Ueberschreitung dieses Zeitpunktes eingetreten. Sind sie dagegen nicht an eine Frist gebunden, so ist die Feststellung, ob im Einzelfall eine Verzögerung vorliege, bedeutend erschwert. Die Abklärung der Frage muß gegebenenfalls dem Ermessen der Parteien, eventuell des Richters, überlassen bleiben²¹. Eine Verzögerung wird aber

¹⁸ Aehnlich Buchdahl, S. 36/37; Eckert, S. 33 etc. Vgl. die ähnlichen Gründe, die im Arbeitsrecht die Erstattung des Schiedsgutachtens verunmöglichen und damit den Schiedsgutachtervertrag unwirksam machen, bei Weiler, S. 25 ff.

¹⁹ Berner Appellationshof in SVA IV 208; Bruck, S. 452 Ziff 7. Im Ergebnis zustimmend: Josef, in Assek.Jahrb. Bd. 41, S. 83.

²⁰ Weiler, S. 27/28 und andere.

²¹ Meckenstock, S. 30; Eckert, S. 33; Weiler, S. 27 c.

dann anzunehmen sein, wenn das Schiedsgutachten nach den vorliegenden Umständen bereits hätte abgegeben werden können, und die Schiedsgutachter für die Aufschiebung keine genügende Begründung zur Hand haben. Wird die Verzögerung jedoch eindeutig nachgewiesen, so können die Parteien, namentlich der Anspruchsberedigte, den Richter zur Beurteilung des gesamten Rechtsverhältnisses anrufen.

Für die schweizerischen Verhältnisse drängt sich eine entsprechende Lösung auf, obschon dafür keine gesetzlichen Rückhalte gegeben sind²². Ist für den Fall der Nichterstattung oder ungebührlichen Verzögerung des Schiedsgutachtens keine Ernennung neuer Schiedsgutachter vorgesehen, so stellt die Anrufung staatlicher Rechtsschutzorgane der vernünftige Ausweg dar.

§ 13. Die Anfechtung des Schiedsgutachtens

I. Prinzipielle Fragen

1. Grundsätzlich sind Parteien und Richter an ein ordnungsgemäß zustande gekommenes Schiedsgutachten gebunden. Die in den allgemeinen Versicherungsbedingungen häufig vorzufindende Einschränkung, wonach nur die Feststellungen, „welche die Sachverständigen im Rahmen ihrer Zuständigkeit treffen“, verbindlich sind, läßt den Schluß zu, daß sich die Bindung nur auf die Punkte beziehen soll, die den Schiedsgutachtern vertraglich zur Beurteilung überlassen sind. Ein Schiedsgutachten, das die so festgesetzten Grenzen überschreitet, ist insoweit an sich unverbindlich. Es braucht zur Feststellung seiner Unverbindlichkeit nicht erst von einer Partei angefochten zu werden¹.

Aehnlich verhält es sich bei der Verletzung von Verfahrensregeln. Haben die Schiedsgutachter gegen wesentliche durch Gesetz oder Vertrag statuierte Verfahrensvorschriften verstoßen, z. B. bei ausdrücklicher Vereinbarung die Parteien nicht angehört, so ist das Schiedsgutachten unverbindlich. Die Unverbindlichkeit tritt auch in diesem Falle von selbst ein, ohne daß sie durch Anfechtung geltend gemacht werden muß. Allerdings können die Parteien einem mangelhaften Verfahren zustimmen und dadurch das Gutachten zur Verbindlichkeit erheben². Ein in erheblichem Maße unkorrekt durchgeführtes, unvollständiges Verfahren vermag aber das gerichtliche Beweisverfahren nicht zu ersetzen und ist für

²² Vgl. Roelli-Jaeger, S. 480 N. 40.

¹ Roelli-Jaeger, S. 480 N. 41. Einzelheiten vgl. § 12 II Ziff. 5.

Parteien und Richter unverbindlich³. In einem Fall kann sich aber aus der Verletzung von Verfahrensvorschriften ein eigentlicher Anfechtungsgrund ergeben. Beim Zusammentreffen mehrerer, an sich unerheblicher Verstöße gegen die beim Schiedsgutachterverfahren zu befolgenden Grundsätze kann das ergangene Gutachten als so offenbar unbillig oder unrichtig erscheinen, daß es Grund zur Anfechtung gibt⁴.

Im weiteren stellt sich die Frage, ob ein unter Mitwirkung befangener Schiedsgutachter zustande gekommenes Gutachten an sich unverbindlich oder anfechtbar ist. Gestützt auf die früher gemachten Ausführungen (vgl. § 9 III) läßt sich sagen, daß ein Schiedsgutachten trotz der Teilnahme solcher Personen verbindlich sein kann, nämlich dann, wenn die Gegenpartei auf die Ablehnung dieses Schiedsgutachters ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet hat. Erfährt diese den Befangenheitsgrund aber erst nach ergangenem Spruch, oder wird das Schiedsgutachten durch die Gebundenheit dieses Mitwirkenden an seine Partei für die andere nachteilig beeinflusst, so muß es jedoch anfechtbar sein⁵.

2. Aber auch ein innerhalb des schiedsgutachtlichen Kompetenzbereiches sich bewegendes und unter Beachtung der zwingenden Verfahrensvorschriften abgegebenes Schiedsgutachten ist nicht in jedem Fall verbindlich. Der deutsche Gesetzgeber hat zum Schutze der Parteien gegen offenbar unrichtige Entscheide gewisse Schranken aufgestellt. Nach BGB 319 I ist die Bestimmung durch den Dritten nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. Im VVG lautet der bezügliche Passus:

„... so ist die getroffene Feststellung nicht verbindlich, wenn sie offenbar von der wirklichen Sachlage erheblich abweicht“.

Diese Bestimmungen werden recht verschieden ausgelegt, wobei vor allem die Frage umstritten ist, ob die Unverbindlichkeit von Gesetzes wegen eintrete, vom Richter also von Amtes wegen berücksichtigt werden müsse, oder erst nach erfolgreicher Geltendmachung durch eine

Einmal wird die Ansicht geäußert, daß einem, die Voraussetzungen nach den zitierten Gesetzesstellen erfüllenden Schiedsgutachten die Unverbindlichkeit auch ohne dahingehende Erklärung, ohne besonderen Willensakt der Parteien anhafte. Der Richter habe die Unverbindlichkeit unter allen Umständen von Amtes wegen zu berücksichtigen, denn er sei verpflichtet, „den ihm verbleibenden geringen Raum innerhalb seiner Beweiswürdigungsmöglichkeit“ auszunützen⁶.

² Bruck, S. 451; Prölss, S. 163 ff. Anm. 9 lit. c. Suter, S. 126 ff. N. 10; Fuld, in Asssek. Jahrb. Bd. 33, S. 33. Vgl. auch § 11 I zu Anm. 5.

³ Bundesgericht in SVA VIII 220.

⁴ RGZ Bd. 147, 63.

⁵ Fuld, a.a.O. S. 51 und Clasen, in JRPV 4, S. 341, anerkennen die Befangenheit eines Schiedsgutachters ausdrücklich als Anfechtungsgrund; ebenso RGZ Bd. 45, 352. Das Bundesgericht läßt die Bindung des Richters an das Schiedsgutachten nur zu, wenn diesem keine Parteilichkeit anhaftet, BGE 62 II 235.

⁶ Budidahl, S. 42; ebenso Bongartz, S. 43; abweichend Eckert, S. 32; anderer Ansicht Roelli-Jaeger, S. 484 N. 47.

Ist aber der Richter wirklich berechtigt, die Frage der Verbindlichkeit eines Schiedsgutachtens von Amtes wegen zu überprüfen? Um festzustellen, ob das Gutachten z. B. offenbar unbillig ist, bedürfte es einer eingehenden Untersuchung über dessen Inhalt. Ausgerechnet dieses Recht muß aber dem Richter abgesprochen werden⁷. Er kann wohl das Zustandekommen des Gutachtens einer formellen Prüfung unterziehen, hat sich aber im weiteren dessen Inhalt zu eigen zu machen. Es fehlt dem Richter also das Recht, die Unverbindlichkeit von sich aus festzustellen.

Dadurch wird weder der Rechtsschutzgedanke verletzt, noch werden die Parteien benachteiligt, denn falls sie selber am Schiedsgutachten nichts auszusetzen haben, ist kaum anzunehmen, daß es offenbar unbillig sei oder auf falschen tatsächlichen oder rechtlichen Grundlagen beruhe. Einzig dann, wenn sich die Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens aus den Verhandlungen von selber klar herausstellt, darf dem Gericht das Recht zugebilligt werden, daß es dem Gutachten die Verbindlichkeit aberkennt. Aber auch dieser Fall scheint nicht wohl denkbar, denn die Sachkunde des Richters wird zur Beurteilung dieser Frage meistens nicht ausreichen, und gerichtliche Sachverständige darf er nicht ohne weiteres zuziehen.

Große praktische Bedeutung kommt dieser Auseinandersetzung allerdings nicht zu, denn mit beiden Ansichten gelangt man schließlich zum gleichen Ergebnis. Zudem sind die den Gesetzen entsprechenden Stellen in den allgemeinen Versicherungsbedingungen so abgefaßt, daß sie keine Zweifel über ihre Auslegungen aufkommen lassen. Danach ist das von den Sachverständigen abgegebene Schiedsgutachten solange verbindlich, bis eine Partei den Nachweis zu erbringen vermag, daß es offenbar von der wirklichen Sachlage erheblich abweicht. Die Unverbindlichkeit tritt demnach erst ein, wenn dies mit Erfolg nachgewiesen ist⁸.

Außerdem sprechen auch die Gerichte häufig von Anfechtbarkeit wegen offener Unbilligkeit oder Unrichtigkeit.

II. Die Anfechtungsgründe

Wie gegen Gerichtsurteile und Schiedssprüche Rechtsmittel gegeben sind, müssen sich auch die Parteien des Schiedsgutachtervertrages gegen unbillige oder unrichtige Schiedsgutachten wehren können. Es wäre unbillig und den guten Sitten widersprechend, sie an jedes beliebige Schiedsgutachten zu binden, ohne daß ihnen die Möglichkeit der Anfechtung zustehen würde.

⁷ Z.B. RGZ 96, 57 ff. am Ende; dagegen Bunsen, in ZZP 35, S. 413 Anm. 16.

⁸ Roelli-Jaeger, S. 484 N. 47; ähnlich Suter, a.a.O. der die Verbindlichkeit auch bei sachlicher Unrichtigkeit annimmt, dann aber die Anfechtung zuläßt.

Weismann, S. 323: „Unverbindlich ist . . . der Ausspruch, der auf falscher tatsächlicher Grundlage beruht . . . Und zwar ist er nicht nichtig, sondern anfechtbar.“ Anderer Ansicht Bruck, S. 450.

Vgl. auch die deutschen und schweizerischen allg. Feuerversicherungsbedingungen und die deutschen allgemeinen Seeverversicherungsbedingungen.

An dieser Stelle bietet sich nochmals Gelegenheit, auf die Unterschiede zwischen Schiedsgutachten und Schiedsspruch hinzuweisen (vgl. § 4 IV). Gerade in den Mitteln, die gegen den einen oder anderen Spruch geltend gemacht werden können, unterscheiden sie sich wesentlich. Der Schiedsspruch kann mit der Nichtigkeitsbeschwerde oder dem Wiederherstellungsgesuch bekämpft werden. Die Anfechtung des Schiedsgutachtens geschieht durch gerichtliche Klage, stellt also kein eigentliches Rechtsmittel dar⁹, obschon die Anfechtungsvoraussetzungen zum Teil gewisse Ähnlichkeit mit den Nichtigkeitsgründen haben (vgl. z. B. zü. ZPO 344 Ziff. 3, 6 und 8 oder Art. 351).

Im Laufe der vergangenen fünfzig Jahre haben Gesetzgebung und Rechtsprechung im wesentlichen zwei mehr oder weniger fest zu fassende Anfechtungsgründe entwickelt: Die „offenbare Unbilligkeit“ des Schiedsgutachtens und die „offenbare erhebliche Abweichung von der wirklichen Sachlage“. Im folgenden sollen nun diese beiden Voraussetzungen, die jede für sich als Grundlage für die Anfechtung dienen kann, näher betrachtet werden.

A. Die offenbare Unbilligkeit

Die Formulierung dieses Anfechtungsgrundes, die eine weite Interpretierung zuläßt, stammt aus dem BGB (§ 319 I). Sie wird daher vor allem in der deutschen Doktrin und Rechtsprechung verwendet¹⁰, taucht aber hie und da auch in der schweizerischen Judikatur in abgewandelter Ausdrucksweise, wie z. B. „willkürliches, offenbar ungerechtes, in hohem Maße (Grade) unbilliges Gutachten“, auf¹¹.

Schon wiederholt ist angetönt worden, daß der Schiedsgutachter niemals nach freiem Belieben handeln könne, daß er sein Gutachten nicht nach Willkür erstatten dürfe. Es ist nicht wahrscheinlich, daß die Parteien auch an ein offenbar willkürliches, unbilliges Schiedsgutachten gebunden sein wollen, sondern die benachteiligte Partei wird ein solches eben anfechten. Daß diese uneingeschränkte Unterwerfung im Zweifel nie anzunehmen ist und in der heutigen Praxis überhaupt keine Rolle mehr spielt, ist nun in neuerer Zeit auch vom Reichsgericht bestätigt worden¹².

Da die „offenbare Unbilligkeit“ ein Sammelbegriff ist, kann für ihn keine präzise Definition gegeben werden. Seine Bedeutung muß sich aus

⁹ Eine typische Verwechslung von Schiedsgutachter und Schiedsrichter zeigt sich in den Handelsrechtlichen Entscheidungen Bd. 17 (1898) Nr. 323. Die Tätigkeit dieser Experten (Schiedsgutachter) wird hier als richterliche bezeichnet und deshalb die Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Spruch (wegen Verweigerung des rechtlichen Gehörs) zugelassen.

Richtig dagegen wird die Anfechtung in SVA VIII 224 als gerichtliche Klage, nicht als Kassation betrachtet. Vgl. unter III zu Anm. 30.

¹⁰ RGZ Bd. 150, 7; 147, 63; 96, 57; 69, 167; 24, 359; 6, 201 etc.

¹¹ BGE 71 II 294, 67 II 146; SVA VIII 224; BIZR Bd. 40, 106.

¹² RGZ Bd. 150, 7. Vgl. auch § 3 I B.

den einzelnen Fällen ergeben. Das Reichsgericht führt zunächst dazu aus, die gerichtliche Hilfe könne dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nachweise, daß das Gutachten ein Akt der Willkür, offenbar ungerecht, in hohem Grade unbillig sei, oder auf falschen tatsächlichen Voraussetzungen beruhe. Es werde ein Gutachten nach Recht und Billigkeit verlangt¹³. Negativ wird etwa betont, daß eine offenbare Unbilligkeit noch nicht vorliege, wenn eine Partei ihren Vertrauensarzt als Schiedsgutachter bestellt habe¹⁴. Eine positive Umschreibung gibt das Reichsgericht, wenn es sagt, eine offenbare Unbilligkeit sei dann vorhanden, „wenn das Ergebnis der Schätzung so auffallend von den bei Anwendung sachgemäßer Würdigungssätze erzielten Resultate abweicht, daß eine Regelung des Rechtsverhältnisses nach dem Maßstab der schiedsmännischen Bestimmung durchaus sachwidrig und unbillig sein würde“¹⁵. Weitere Gründe, die nach deutscher Auffassung zur offenbaren Unbilligkeit führen können, sind z. B. fehlende Sachkunde, Befangenheit, unrichtige tatsächliche Grundlagen usw.

Als Voraussetzung der Anfechtung wird zudem eine offenbare Unbilligkeit verlangt. „Offenbar“ hat in diesem Zusammenhang nicht den Sinn von „offenkundig“ oder „offensichtlich“, d. h. für jedermann sofort erkennbar. Die Unbilligkeit muß sich nur bei sachverständiger, unbefangener Prüfung sofort aufdrängen, also einem Sachverständigen in die Augen springend sein¹⁶. Die Unbilligkeit bezieht sich stets auf die zur Zeit der Erhebungen herrschende Situation. Böse Absicht oder Verschulden des Schiedsgutachters fallen außer Betracht, denn es muß nur eine objektive Unbilligkeit vorliegen. Sie muß zumal noch nicht vorhanden sein, nur weil ein anderer Sachverständiger zu einer abweichenden Feststellung gelangt ist¹⁷.

Unbilligkeit ist mit Unrichtigkeit nicht identisch: eine unbillige Entscheidung braucht nicht auch unrichtig zu sein. Für die Leistungsbestimmung durch Dritte nach BGB 317 ff., die als konstitutive Tätigkeit zu werten ist, mag der Maßstab der Billigkeit am Platze sein. Für diese Feststellung ist die wirkliche Sachlage nicht ausschlaggebend. An die deklaratorische Tätigkeit des Schiedsgutachters (die Feststellung bereits vorhandener, den Parteien lediglich unklaren Tatsachen) kann aber nur der Maßstab der Richtigkeit angelegt werden¹⁸.

¹³ RGZ Bd. 6, 201.

¹⁴ RGZ Bd. 69, 167.

¹⁵ RGZ Bd. 24, 357; 10, 130. Wangner, S. 39; Eckert, S. 31.

¹⁶ RGZ Bd. 96, 62; 69, 168. Tasche, a.a.O. S. 262 ff.

¹⁷ Einzelheiten bei Fuld, a.a.O. S. 30; Meckenstock, S. 29.

¹⁸ Bongartz, S. 41; Eckert, S. 31; Clasen, in JRPV 4 S. 328. Im schon oft zitierten Entscheidung, RGZ Bd. 96, 57 ff., macht das Reichsgericht die Unterscheidung ebenfalls: „Bei dem in § 317 BGB behandelten Falle werden diese widersprechenden Interessen durch die Einräumung einer Anfechtung der Bestimmung des Dritten nach §§ 318, 319 BGB ausgeglichen und in gleicher Weise muß sie auch dann für gerechtfertigt angesehen werden, wenn es sich um die anderen erwähnten Fälle eines Schiedsgutachtens handelt, nur daß in entsprechender Anwendung von § 319 BGB gegebenenfalls nicht die offenbare Unbilligkeit der

Der deutsche Gesetzgeber hat diesem Umstand Rechnung getragen und im VVG als *lex specialis* bei der Beschränkung der Verbindlichkeit des Schiedsgutachtens nur noch auf die wirkliche Sachlage, d. h. auf die Richtigkeit abgestellt. Dieser Maßstab ist u. E. auch für die schweizerischen Verhältnisse allein maßgebend.

B. Die offenbare erhebliche Abweichung von der wirklichen Sachlage

Das Gutachten wird von den Parteien mit dem Nachweis angefochten, daß es „offenbar von der wirklichen Sachlage erheblich abweicht“. Diese stereotype Formulierung des Anfechtungsgrundes bedarf der Erläuterung und Beispielgebung, was denn auch in Literatur und Rechtsprechung ausgiebig erfolgt ist.

Unter „wirklicher Sachlage“ ist die tatsächliche Situation, in der Schadensversicherung der wirkliche Schaden im Momente der Prüfung durch die Schiedsgutachter zu verstehen. Nicht jede Abweichung von dieser Sachlage, nicht jede Unrichtigkeit oder Sachwidrigkeit genügt zur Anfechtung. Es müssen erhebliche Umstände vorliegen, die Sachwidrigkeit muß objektiv festgestellt werden, bis sie die Grundlage einer Anfechtung bilden können. Ob sich die Schiedsgutachter der Unrichtigkeit ihres Befundes bewußt waren oder nicht, spielt auch hier keine Rolle¹⁹.

Ein Schiedsgutachten ist dann erheblich unrichtig, wenn es quantitativ oder qualitativ in größerem Umfang fehlerhaft ist, wenn es auf falscher tatsächlicher oder rechtlicher Grundlage beruht, wenn der Schiedsgutachter sich auf unfertige Tatsachen gestützt oder wesentliche Voraussetzungen nicht gehörig gewürdigt hat²⁰. Wie groß dabei die quantitative Abweichung des Schiedsgutachtens von der wirklichen Sachlage sein muß, läßt sich nicht allgemein sagen; jedenfalls muß sie einen gewissen Mindestwert erreichen. So wurde eine Abweichung von 6, 10 und 15 Prozent zur Anfechtung des Gutachtens als ungenügend bezeichnet, dagegen genüge eine solche von 17 Prozent. Sie muß sich zudem im Schlußgutachten, im Gesamtergebnis herausstellen²¹.

Zwischen zwei von verschiedenen Stellen aus ergangenen Gutachten werden sich immer Differenzen ergeben. Das Vorliegen einer solchen Unstimmigkeit beweist an sich noch nicht, daß ein Schiedsgutachten offenbar unrichtig ist²².

Ermessensausübung nach § 317 BGB, sondern die offenbare Unrichtigkeit des Gutachtens nachzuweisen ist . . .“ (zit. bei Bongartz, S. 42).

¹⁹ Vgl. dazu Clasen, in JRPV 5, S. 49/50; Bruck, S. 451 etc.

²⁰ Clasen, a.a.O. S. 50; Roelli-Jaeger, S. 481 N. 42. BGE 71 II 294, 57 II 442; SVA VIII 220, 218; IV 207, I 67; BIZR Bd. 40, 106.

²¹ Roelli-Jaeger, N. 45; Raiser, S. 345; Prölss, Anm. 7. Bundesgericht in SVA VIII 187 und Schwyzer Kantonsgericht in SVA VIII 216.

²² Clasen, a.a.O. S. 51; Prölss, Anm. 8 lit. a. Vgl. auch die zahlreichen Beispiele bei Raiser, S. 343 ff. Anm. 8.

Aehnlich wie beim Anfechtungsgrund der „offenbaren Unbilligkeit“ ist auch hier der Begriff „Offenbarkeit“ auszulegen. Die Unrichtigkeit muß nicht für jedermann offensichtlich sein, sondern nur sachverständigen Personen bei gewissenhafter Prüfung deutlich erkennbar, in die Augen springend. Es ist dabei wieder auf die zur Zeit der Vornahme der Feststellung vorliegende Situation, auf die damals den Schiedsgutachtern zugänglichen Erkenntnismittel abzustellen²³.

Eine Anfechtung, die sich auf bloße Vermutungen stützt und beim Richter lediglich Zweifel hervorzurufen vermag, oder bei der den Schiedsgutachtern einfach vorgeworfen wird, sie haben es an gutem Willen fehlen lassen, kann kein Erfolg beschieden sein²⁴. Ausgeschlossen ist die Anfechtungsmöglichkeit für diejenige Partei, die aus Irrtum oder schuldhaft dem Schiedsgutachter falsche Angaben gemacht oder unrichtige Auskünfte gegeben hat. Ebenso ist die Anfechtung abzulehnen, wenn sie sich auf Feststellungswerte bezieht, die erst in Zukunft realisiert werden können und im Moment der schiedsgutachtlichen Erhebungen nur eine subjektive, approximative Feststellung zulassen. Dies wird besonders der Fall sein bei der Feststellung der weiteren Verwendungsmöglichkeit beschädigter Ueberreste. Die Anfechtung solcher Befunde muß aber dann gestattet sein, wenn die gemachte Schätzung bereits im Moment der Schadensfeststellung als offenbar unrichtig nachgewiesen wird²⁵.

C. Betrug, Irrtum, Drohung und Täuschung

Stellt sich heraus, daß ein Schiedsgutachten durch Betrug, Irrtum etc. zustande gekommen ist, so steht einer Anfechtung an sich nichts entgegen. Die deutsche Praxis stützt sich dabei auf die Bestimmung in § 318 II BGB, die diese Anfechtungsmöglichkeit ausdrücklich nennt. Jedoch scheint es nicht notwendig, damit einen selbständigen Anfechtungsgrund zu schaffen. Denn ein Schiedsgutachten, das durch Betrug usw. seitens der Schiedsgutachter entstanden ist, wird regelmäßig auch offenbar von der wirklichen Sachlage erheblich abweichen. Es ist dann aus diesem Grunde anfechtbar²⁶.

III. Form und Wirkungen der Anfechtung

Haftet dem Schiedsgutachten einer dieser soeben erörterten Mängel an, liegt also ein Anfechtungsgrund vor, so wird es dadurch nicht von

²³ RGZ Bd. 149, 217 am Ende; BGE 67 II 146 E. 3. Roelli-Jaeger S. 482 N. 44; Bruck, S. 451; Prölss, Anm. 8 und dort lit. c; Clasen a.a.O. S. 50.

²⁴ BGE 67 II 146 E. 3, BIZR Bd. 9, 62.

²⁵ Roelli-Jaeger, S. 483 N. 46; Clasen, S. 50. Zur Anfechtung des Schiedsgutachtens im deutschen Arbeitsrecht vgl. Weiler, S. 21.

²⁶ Bruck, S. 451 Anm. 224; Ritter, S. 919 Anm. 54; Bongartz, S. 44. Roelli-Jaeger, S. 482 N. 43; BGE 67 II 146 E. 3.

selbst unverbindlich. Es behält seine bindende Wirkung solange, bis ein Gericht die Unverbindlichkeit ausgesprochen hat. Die Parteien sind aber nicht verpflichtet, das Schiedsgutachten anzufechten, sondern sie sind dazu berechtigt. Der Verzicht auf die Anfechtung ist nach ergangenem Schiedsgutachterspruch gestattet, niemals aber schon vorher, — eine solche Abrede müßte als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig sein²⁷.

Sind also die Voraussetzungen zur Anfechtung gegeben, so kann die benachteiligte Partei mit ihren Ansprüchen direkt an den Richter gelangen. Sie muß sich kein neues Schiedsgutachterverfahren gefallen lassen. Nach Treu und Glauben hat sie aber die Unverbindlichkeit des Gutachtens sofort geltend zu machen und darf die „Gegenpartei nicht durch Stillschweigen im Glauben lassen, sie unterziehe sich ihm“²⁸.

Nach dem deutschen VVG § 64 I Satz 2 (ähnlich BGB 319 I Satz 2) hat bei Sachwidrigkeit des Schiedsgutachtens die Feststellung durch Urteil zu erfolgen. Diese Ausdrucksweise ist sehr unklar, denn es kann sich nicht darum handeln, dem Richter lediglich die vorerst den Schiedsgutachtern obliegende Tätigkeit zu übertragen. Es ist nicht Aufgabe eines Richters, Tatsachen auf Grund von Erfahrungssätzen zu beurteilen, also z. B. die Höhe eines Schadens festzustellen. Eine derartige Feststellung kann nicht den alleinigen Inhalt eines Gerichtsurteiles ausmachen, sondern nur ein wesentlicher Bestandteil der Urteilsvoraussetzungen sein. Ein eigentliches gerichtliches Anfechtungsverfahren, das durch eine Anfechtungsklage, z. B. eine Rechtsgestaltungsklage auf Festsetzung der Schadenshöhe eingeleitet würde, gibt es nicht²⁹.

Die Partei, welche sich auf einen Anfechtungsgrund berufen will, hat dies in der normalen Form einer Klage zu tun. So wird der anfechtende Gläubiger am ehesten eine Leistungsklage anstrengen, in der er die Vorurteilung des Schuldners zur Bezahlung (z. B.) der Versicherungsleistung verlangt. Behauptet der Schuldner die Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens, so kann er es bei der Bestreitung der vom Kläger auf Grund des Gutachtens gestellten Forderung bewenden lassen. Will er aber die Klage des Gläubigers nicht abwarten, so hat er die Möglichkeit, mit einer Feststellungsklage die gerichtliche Feststellung zu erreichen, daß er nur einen geringeren Betrag als den durch das Schiedsgutachten ausgewiesenen schulde³⁰.

Ein wesentlicher Bestandteil der Klagebegründung wird die Behauptung sein, daß das Schiedsgutachten von der wirklichen Sachlage in irgend

²⁷ DVVG 64 III. Kohler, a.a.O. S. 303; Fuld, a.a.O. S. 28; Roelli-Jaeger, S. 485 N. 50. Unklar Ritter, S. 919 Anm. 51. Für die Zulassung des Verzichts auf Anfechtung schon vor Erstattung des Schiedsgutachtens sprechen sich aus: Weismann, S. 325; Meckenstock, S. 31. Vgl. auch § 7 am Schluß.

²⁸ Roelli-Jaeger, S. 484 N. 47; BGE 67 II 146; RGZ Bd. 45, 350 etc.

²⁹ Bongartz, S. 43/44; Ritter, S. 345 Anm. 9; Eckert, S. 52. Anderer Meinung: Bruck, S. 452.

³⁰ Raiser, S. 346 Anm. 9; Roelli-Jaeger, S. 484 N. 48; Wangner, S. 43 Anm. 1. SYA VIII 224.

einer Weise erheblich abweiche. Zielt nicht der Kläger auf eine Anfechtung ab, so kann der Beklagte die Unverbindlichkeit mittels einer Einwendung geltend machen. Jedenfalls hat derjenige, der das Schiedsgutachten anfiicht, die behaupteten Mängel nachzuweisen. Er kann sich dabei aller ihm zur Verfügung stehender, zulässiger Beweismittel bedienen, auch solcher, welche die Schiedsgutachter außer acht gelassen haben³¹.

Wesentlich ist, daß der Nachweis der offenbaren Unrichtigkeit geleistet wird, und der Richter davon überzeugt werden kann. Gelingt dies, so spricht er die Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens aus. Es ist damit außer Kraft gesetzt, was die gleiche Situation schafft, wie wenn nie ein solches bestanden hätte. Das Gericht trifft nun die vorher dem Schiedsgutachter übertragene Feststellung selber und entscheidet über den Klageanspruch. Es setzt den Schaden nach freiem Ermessen fest, wozu ihm gerichtliche Sachverständige die nötigen Grundlagen verschaffen werden. Nie aber wird der Richter die Parteien auf ein neuerliches privates Schiedsgutachterverfahren verweisen können, da die Schiedsgutachterklausel für den gegenwärtigen Fall wirkungslos geworden ist³².

Kommt aber der Richter zur Ueberzeugung, daß das Schiedsgutachten der wirklichen Sachlage entspricht, so behält es seine verbindliche Kraft. Er muß es als vollwertiges Beweismittel mit den besagten Wirkungen seinem Urteil über den Anspruch zugrunde legen.

Abschließend darf hinsichtlich der Häufigkeit der Anfechtung von Schiedsgutachten noch erwähnt werden, daß die relativ große Zahl der angeführten Gerichtsentscheide ein täuschendes Bild vermitteln könnte. Obschon die zitierten Entscheide keine komplette Sammlung aller in dieser Richtung ergangener Urteile darstellt (die Entscheidungen der unteren deutschen Gerichte wurden nicht berücksichtigt), darf doch festgehalten werden, daß von der Anfechtung nur selten Gebrauch gemacht wird. Im Vergleich mit den stattfindenden Schiedsgutachterverfahren machen die Anfechtungen eine verschwindend kleine Zahl aus. Damit ist eines der Ziele der Schiedsgutachtervereinbarung erreicht, nämlich die Vermeidung unnötiger, teurer und zeitraubender Prozesse.

³¹ SVA VIII 187, 216; I 67. RGZ Bd. 96, 62.

Roelli-Jaeger, S. 482 N. 44 und S. 484 N. 48; Ritter, S. 920 Anm. 55. Etwas abweichend: Ehrenzweig, S. 352 ff. A. Daß es nicht genügt, beim Richter lediglich Zweifel hervorzu-rufen (BGE 67 II 146 E. 3), oder daß der Vorwurf, die Schiedsgutachter haben es am guten Willen fehlen lassen, für die Anfechtung nicht maßgebend ist (BlZR Bd. 9, 62), wurde bereits erwähnt.

Das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt glaubt, daß man mit einer privaten Gegen-expertise kaum je durchdringen könne. SVA V 278. Fraglich bleibt dann allerdings, wie anders die Anfechtung denn zu geschehen habe.

³² Vgl. dazu Roelli-Jaeger, a.a.O.; Bruck, S. 452; Rau, a.a.O.; Salinger, S. 143 ff.; Raiser S. 346 Anm. 9; Eckert, S. 32. RGZ Bd. 24, 357; 10, 150. SVA VIII 224.

Lebenslauf

Am 10. Januar 1922 wurde ich in Winterthur (Töss) geboren, wo ich sämtliche Schulen durchlief und im Herbst 1940 mit der kantonalen Maturitätsprüfung abschloß. Nach Absolvierung des Primarlehramtskurses an der Universität Zürich erhielt ich im Herbst 1941 den Fähigkeitsausweis für Primarlehrer. Nach zweijähriger Militärdienstzeit begann ich Ende 1943 mein Studium an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, das ich am 30. Oktober 1948 mit dem zweiten mündlichen Doktorexamen beendigte.

Meinem hochverehrten Lehrer, Herrn P.-D. Dr. M. Guldener, danke ich an dieser Stelle aufrichtig für die Anregungen, die er mir zu dieser Arbeit gab und für das Interesse, das er mir bei ihrer Gestaltung bekundete.

